



**Faculdade de Ciências Jurídicas e de Ciências
Sociais
Curso de Direito
Núcleo de Pesquisa e Monografia**

ANA PAULA WIESE TEIXEIRA

A CONSTITUCIONALIDADE DA UNIÃO HOMOAFETIVA

Brasília - DF

2011

ANA PAULA WIESE TEIXEIRA

A CONSTITUCIONALIDADE DA UNIÃO HOMOAFETIVA

Monografia apresentada à Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - UniCEUB como exigência parcial para a obtenção do grau de graduação em Direito sob orientação do Professor-orientador Flávio Salles.

Brasília - DF

2011

ANA PAULA WIESE TEIXEIRA

A CONSTITUCIONALIDADE DA UNIÃO HOMOAFETIVA

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em
Direito do Centro Universitário de Brasília –
UniCEUB.

Orientador: Prof. Flávio Salles

Brasília, outubro de 2011

Banca Examinadora

Prof. Flávio Salles
Orientador

Prof.
Examinador

Prof.
Examinador

RESUMO

A humanidade por muito tempo manteve um único e rígido meio de constituir família: o casamento. Fora do casamento não se podia existir qualquer outro tipo de entidade familiar reconhecida pela sociedade. Com o tempo, e com as próprias mudanças que o mundo moderno trouxe, esse paradigma começou a mudar, fazendo com que a sociedade e depois o próprio Estado passasse a reconhecer outros tipos de entidade familiar, tal qual a união estável entre o homem e a mulher. Nos últimos tempos, a sociedade está diante de um novo processo: o de reconhecer ou não a união homoafetiva. Alguns países já reconheceram, outros não aceitam e recentemente o Brasil, por via do Supremo Tribunal Federal, aceitou este novo tipo de entidade familiar. O STF assim entendeu, pois a Constituição de 1988 não mais trouxe em seu bojo a locução “constituída pelo casamento” e passou a aceitar mais de um tipo familiar. Na verdade, expressamente a Constituição aceitou três tipos familiares, e o STF entendeu que este rol, do artigo 226, não é taxativo, podendo se reconhecer não só os três tipos já mencionados, mas um quarto, ou quinto tipo que porventura possa vir a existir; acompanhando, deste modo, o evoluir da sociedade. A Suprema Corte fundamentou esta decisão principalmente com base nos princípios fundamentais, tal como o da dignidade da pessoa humana, liberdade e não discriminação, sem esquecer o princípio da afetividade, base da família contemporânea. Com esta decisão, a união homoafetiva passou a ser constitucionalmente reconhecida no Brasil.

Palavras-chave: união homoafetiva; princípios constitucionais; família.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
CAPÍTULO I – DA FAMÍLIA	7
1.1 Da família no mundo ocidental	7
1.2 Da família no Brasil pré-Constituição de 1988	9
1.3 Da família após a Constituição de 1988	14
CAPÍTULO II - DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	21
2.1 Da Dignidade da Pessoa Humana	22
2.2 Da Liberdade	24
2.3 Da Igualdade ou Isonomia.....	25
2.4 Da afetividade.....	29
CAPÍTULO III - DO PENSAMENTO DA COMUNIDADE HOMOSSEXUAL.....	32
CAPÍTULO IV - DO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUANTO A ADPF 132 E ADI 4277	36
4.1 Voto do Ministro Carlos Ayres Britto	36
4.2 Voto do Ministro Luiz Fux	42
4.3 Voto da Ministra Cármen Lúcia	45
4.4 Voto do Ministro Ricardo Lewandowski	46
4.5 Voto do Ministro Joaquim Barbosa.....	49
4.6 Voto do Ministro Gilmar Mendes	52
4.7 Voto da Ministra Ellen Gracie	53
4.8 Voto do Ministro Marco Aurélio.....	54
4.9 Voto do Ministro Celso de Mello.....	57
4.10 Voto do Ministro Cezar Peluso	59
CONCLUSÃO	61
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	62

ANEXOS66

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo analisar a constitucionalidade da união homoafetiva sob a ótica do direito brasileiro. Para tanto, primeiramente faz-se uma recordação histórica sobre a união estável vivenciada pelo mundo e, mais detalhadamente, pelo legislativo brasileiro no decorrer dos anos com a consideração da união estável como uma sociedade de fato até a Constituição Federal de 1988 que passou a considerar outros tipos de entidade familiar além da constituída pelo casamento.

Após a introdução histórica, o que se passa a abordar são os principais princípios constitucionais que regem o direito de família. A abordagem não será exaustiva quanto a todos os princípios regentes do direito de família, eis que se poderia falar de muitos e o trabalho perder seu foco, porém será abordado o essencial. A ênfase em tais princípios será feita de modo que coadune com o entendimento de que a união estável entre pessoas do mesmo sexo é aceita pela Constituição brasileira, mesmo que nela não esteja escrito de modo expreso.

No Capítulo III se faz uma breve abordagem sobre o que a comunidade Lésbicas, Gays, Bissexuais e travestis (LGBT) brasileira pensou depois do julgamento supracitado e quais são seus principais objetivos quanto a inclusão social e institucional, e suas principais vertentes de luta atualmente, depois do decidido pelo Supremo sobre casais homoafetivos serem considerados como família, se cumprido os requisitos.

Coloca-se em voga também a discussão, já acalmada pelo Supremo Tribunal Federal, acerca das entidades abarcadas ou não no artigo 226, §3º da Carta Magna Brasileira. Por fim, passa-se à exposição dos argumentos do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132 e ADI 4277 pelo Supremo Tribunal Federal.

Desta forma, este trabalho visa ser um esclarecimento sobre o porque da união entre pessoas do mesmo sexo poder ser considerada juridicamente como entidade familiar e incluída no mundo jurídico com toda a proteção que lhe é de direito, juntamente com seus deveres, deixando de estar à margem da sociedade e passando a integrá-la de forma mais digna.

CAPÍTULO I – DA FAMÍLIA

1.1 Da família no mundo ocidental

A família antes da Constituição de 1988 só era concebida e aceita pela sociedade e pelo Estado quando esta era advinda única e exclusivamente pela instituição do casamento, sendo qualquer outro modo de vida em comum, como a sociedade de fato e a união pela convivência amorosa entre homem e mulher sem as formalidades do casamento, considerada como uma forma ilegítima de constituição de um vínculo familiar.¹

Na interpretação de Maria Berenice Dias, a união advinda do casamento em sua história nem sempre foi concebida também pelo casamento civil, sendo o casamento religioso o instituto que dava *status* de família para o casamento. No Brasil foi somente a partir de 1890,² quando o Estado se separou da Igreja, tornando-se laico, é que foi instituído o casamento civil como forma de constituição de família, e nesta época obteve enorme resistência da Igreja, recebendo a crítica do Papa Pio IX de que o casamento civil era tão impuro e indigno quanto concubinato, ou seja, uma forma não reconhecida, e, portanto, uma forma ilegítima de constituição de família.³

Mesmo com o casamento civil a entidade patriarcal não se descaracterizou, ainda tendo como figura central da família o homem, que exercia o papel do dirigente da família, sendo “o cabeça do casal”.⁴ Nesse panorama o homem era visto como o provedor do lar, devendo ele dar sustento à sua mulher e filhos, já a mulher tinha como papel à administração do lar e a criação dos filhos.⁵

¹ DIAS, Maria Berenice, *União homoafetiva: o preconceito & a justiça*, 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 120.

² QUEIROZ, Fernando Fonseca de, Brasil: *Estado laico e a inconstitucionalidade da existência de símbolos religiosos em prédios públicos*. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8519/brasil-estado-laico-e-a-inconstitucionalidade-da-existencia-de-simbolos-religiosos-em-predios-publicos>>. Acesso em 25/05/2011.

³ DIAS, Maria Berenice, *União homoafetiva: o preconceito & a justiça*, 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 121.

⁴ Ibidem, p. 121.

⁵ Ibidem, p. 121.

Esse quadro patriarcal começou a ser mudado pouco a pouco a partir da Revolução Industrial, quando houve um êxodo rural para as cidades por conta da Lei dos Cercamentos na Inglaterra, que confiscava a terra dos feudos para a criação de ovelhas, empurrando os antigos servos desses feudos para as áreas urbanas, o que acarretou um inchaço populacional nas cidades, e nestas começava-se a se instalar as fábricas têxteis que precisavam de mão-de-obra barata para executar o trabalho.⁶ Nesse período as mulheres começaram a não mais cuidar única e exclusivamente das tarefas domésticas, e saiu de casa para trabalhar nas fábricas para ajudar no sustendo familiar. Porém o salário que recebiam era tão ínfimo, que obrigava não só os homens e as mulheres a trabalharem 18 horas diárias, como também obrigava seus filhos.⁷ E com o gradativo afastamento da mulher do lar o homem se viu forçado a assumir pequenos papéis domésticos e a auxiliar no cuidado dos filhos, não sendo mais o pilar único de sustento da família, modificando a estrutura familiar patriarcal que até então vigorava. Porém, mesmo essa mudança tendo começado por volta do século XVIII, ela foi lenta e gradual, começando a ter um real impacto no modo de vida da sociedade no desenrolar do século XX.⁸

Com a migração para as cidades, as relações interpessoais ficaram mais estreitas e com isso se tornaram mais frequentes as relações entre o homem e a mulher advindas por outros modos que não pelo casamento, mesmo com a proibição estatal e religiosa.⁹ E quando esses laços eram desfeitos, mesmo não tendo nenhum respaldo jurídico que os abrigassem, essas pessoas iam aos tribunais afim de resolver a situação que daquele convívio foi gerada, forçando os juízes a criarem alternativas para evitar grandes injustiças.¹⁰ Tal fato também acontecia quando um deles morria e o outro ia ao judiciário com a intenção de entrar na linha sucessória do companheiro, porém, legalmente falando, o companheiro vivo não tinha direito algum para ser pleiteado na linha de sucessão pois não era considerado parte da linha sucessória do morto.¹¹ Foi assim que nasceram expressões como o

⁶ HOBBSBAWN, Eric J. *A era das revoluções: Europa 1789-1848*, 22ª Ed. Rio de Janeiro: Guerra e Paz. 2007, p. 235-237.

⁷ VICENTINO, Cláudio; DORIGO, Gianpaolo, *História para o ensino médio: história geral e do Brasil*, 1ª Ed. São Paulo: Série Parâmetros, 2001. p. 335-337.

⁸ DIAS, Maria Berenice, *União homoafetiva: o preconceito & a justiça*, 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 122- 123.

⁹ Ibidem, p. 124.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Ibidem.

companheirismo e a união livre, que tentavam contornar as proibições ao reconhecimento dos direitos que não eram explanados pela legislação.¹²

1.2 Da família no Brasil pré-Constituição de 1988

Mesmo existindo a figura do concubinato, as relações entre homens e mulheres de cunho sexual fora do casamento, a jurisprudência e o legislador evitavam chamar esse tipo de vínculo como vínculo familiar, pois em todas as Constituições antes da de 1988 o casamento era o único meio de se formar uma família, ainda resquícios do direito canônico que mantinha certa influência em nosso direito.¹³ Contudo, aos poucos houve uma evolução tanto doutrinária como jurisprudencial passando a se chamar tais casais de companheiros. Mais tarde, na âmbito legislativo o primeiro tratamento sobre a matéria foi no campo dos efeitos previdenciários que poderiam a vir decorrer desse instituto, mostrando uma transparente preocupação assistencial, de cunho social, não patrimonial, entre os conviventes.¹⁴

Também merece destaque a iniciativa apresentada por Nelson Carneiro, no ano de 1947, que buscava equiparar a companheira à esposa para fins de pleitear alimentos, pensão, e outros direitos que as esposas tinham e que não eram conferidos à concubina.¹⁵

E aos poucos a concubina foi adquirindo direitos, tanto na esfera jurisprudencial quanto na legislativa, a saber:¹⁶

¹² DIAS, Maria Berenice, *União homoafetiva: o preconceito & a justiça*, 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 124.

¹³ CAHALI, Francisco José, *Contrato de convivência na união estável*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 2-3.

¹⁴ Ibidem, p. 4-5.

¹⁵ Ibidem, p. 5-6.

¹⁶ DINIZ, Maria Helena, *Curso de direito civil brasileiro*, Ed. 8ª, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 229-233.

- a. A Lei 6.015/73 permitiu que a concubina tivesse o direito de usar o nome de seu companheiro, se a vida em comum durasse mais que cinco anos e se houvesse filhos comuns dos concubinos;
- b. A Lei 6.515/77 autorizou o reconhecimento de filhos tidos fora do casamento, ou até mesmo durante a vigência do casamento, desde que o fizesse por meio de testamento, aprovado antes ou depois do nascimento dos filhos, e irrevogável depois disso. Depois, com a Lei 8.069/90 o reconhecimento poderia ser feito no próprio termo de nascimento. Com essas leis tem-se o reconhecimento do filho adulterino, salvaguardando sua segurança econômica e posição social, e lhe concedendo direitos sucessórios semelhantes aos do filho legítimo;
- c. O Decreto Lei 7.036 conferiu à concubina mantida pela vítima de acidente de trabalho os mesmos direitos da esposa legítima, caso o concubinato fosse puro, ou seja, caso nenhum dos dois fossem casados, desde que tivesse sido declarada como beneficiária na carteira de trabalho da vítima ou no registro de empregados ou em qualquer outro ato solene de declaração de vontade da vítima;
- d. A Lei paulista 2.699/54 atribuiu à companheira do presidiário, que tivesse poucos recursos econômicos, o produto da renda do trabalho do companheiro na cadeia pública;
- e. A Súmula 253 do TRF estabeleceu a concubina beneficiária de pensão deixada por servidor civil, militar ou autárquico, desde que fosse solteiro, desquitado ou viúvo e que não tivesse filhos capazes de receber o benefício, porém tinha como requisito algum impedimento legal para o casamento. Se o servidor tivesse filhos, só poderia dar à companheira (esta preenchendo todos os requisitos já impostos e supracitados) a metade da pensão;
- f. A Lei 4.284/63 considerou a companheira beneficiária de congressista falecido no exercício do mandato, cargo ou função;
- g. A Lei 4.103-A/62 contemplou a companheira como beneficiária quando esta tivesse concubino advogado;

- h. A Lei 4.242/63 possibilitou que o contribuinte do imposto de renda, que fosse separado judicialmente e que não respondesse pelo sustento da ex-companheira, tivesse abatido como encargo de família uma pessoa que vivesse sob sua dependência há pelo menos cinco anos, porém teria que incluí-la como beneficiária e a Lei 4.862/65 ampliou ainda mais esse rol incluindo aqueles que ainda tivessem algum impedimento matrimonial de constituir outra mulher;
- i. A Lei 4.297/63 tornava a concubina beneficiária dos favores da legislação social e previdenciária e a jurisprudência do Conselho Regional de Previdência Social permitia que a companheira, mesmo não aquela não inscrita como beneficiária, recebesse pensão e concorresse com filhos menores do seu companheiro, desde que o companheiro não tivesse deliberado em contrário. Pela súmula 159 do Tribunal Regional Federal (TRF) também era legítima a repartição da pensão previdenciária entre a esposa e a concubina. Tratando deste mesmo assunto a Lei da Pensão Feminina (Lei 1.488/89) determinou que as servidoras públicas poderiam deixar o benefício previdenciário aos seus maridos ou companheiros;
- j. A Lei 7.447/70 da Prefeitura de São Paulo colocou a companheira no rol dos beneficiários obrigatórios de pensão pelo Montepio Municipal, logo depois a viúva e na frente dos filhos menores e dos filhos solteiros, deixando a companheira no mesmo patamar de direitos da viúva *de cujus*, só lhe reduzindo a pensão se o morto que fosse separado judicialmente tivesse a obrigação de prestar alimentos para a sua ex-esposa;
- k. A Lei 8.245/91 deixou a companheira continuar a locação, caso ocorresse a morte de seu companheiro;
- l. A AJ 51;437 permitiu a companheira que exercesse a tutela, caso vivesse decentemente;
- m. Uma série de Revista dos Tribunais (RT's) permitiu a remuneração da concubina pelos serviços rurais ou domésticos por ela realizados durante o período em que viveu com o companheiro para que este companheiro não se locuplete (RT, 305:966, 426:74, 452:225, 308:264, 314:249, 483: 195; 314:249; 427.107 e 260, 463:253, 467:85, 489:119, 486:51, 505:207,

520:309, 534:110, 554:95; RTJ, 70:108, 91:739, 101:744; Rev. Jur., 69:177; RJTJSP, 29:157). Esse direito fundamentou-se na inadmissibilidade do enriquecimento ilícito, porque o amante que se aproveitava do trabalho e da dedicação de sua companheira não poderia simplesmente abandoná-la sem indenização alguma, nem seus herdeiros receberiam a herança sem o devido desconto da parte que coubesse a esse ressarcimento. claro que a companheira não poderia reclamar salário ou indenização como forma de pagamento de *pretium carnis* ou como preço pela posse do seu corpo ou o orgasmo que o companheiro teve, isto devido a falta de moral que permeia o pedido. Então, depreende-se que foi declarado justa a reparação dada à companheira pelos serviços caseiros prestados e não os salários como amante (RT 181:290, 534:78, 536:112, 552:65, 544:74)

- n. Houve a concessão de participação à companheira, em caso de dissolução da concubinação, no patrimônio conseguido pelo esforço comum, por existir entre os companheiros uma sociedade de fato (RT, 277:290, 435:101, 417:168, 405:48, 411:335, 490:109, 505:110, 526:73, 537:92, 540:216, 560:172, 606:91; M, 56:429, 69:466, 75:936, 75:965, 70:108; RJTJSP, 29:43, 28:79, 28:134; RJTJRS, 76:116; Ciência Jurídica, 2:71, 3:60 e 245, 4:131, 8:135, 21:92, 24:98, 56:95). Esse entendimento ficou sumulado pelo Supremo Tribunal Federal pela súmula de número 380 que diz: “comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos é cabível a sua dissolução judicial com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”. Com isso, nota-se que era preciso provar a existência ou não da sociedade de fato utilizando todos os meios, investigando se realmente os companheiros colocaram recursos e esforços comuns para a obtenção do patrimônio adquirido e se tinha mesmo a intenção de participarem dos lucros e das perdas, porque a vida concubinária por si só não caracterizava a sociedade de fato (RT, 559:76, 547:65, 550:96, 520:89, 555:88, 552:194, 526:243, 548:107, 540:216, 534:104, 537:234 e 92, 549:245, 561:256, 443:146, 487:92, 452:44, 482:102, 486:175, 469:184; RTJ, 101:323, 95:391, 89:181, 90:1022, 93:437, 74:486; RJTJSP, 40:60). Mesmo na época tendo uma certa tendência em se admitir a associação no aquesto, no sentido de dar a meação aos concubinos, houve o entendimento de que era preciso

provar em qual medida cada um teve na participação da constituição do patrimônio, mesmo provado a existência de uma sociedade de fato de natureza econômica. Isso porque seria ao menos injusto partilhar os bens comuns ao meio, se um dos companheiros tivesse concorrido com mais recursos que o outro para aumentar esse patrimônio que tinham em comum, assim o juiz deveria analisar cada caso para poder determinar a quota parte que caberia para cada companheiro, na medida da sua efetiva participação para a aquisição daquele patrimônio. Assim, o patrimônio que ambos tinham em comum era dividido na proporção do esforço de cada concubino, conforme cada caso apresentado à justiça, sempre tendo como base o montante dos bens na época da dissolução do concubinato. Dessa divisão que a concubina tinha direito era excluído as dívidas e os bens adquiridos por doação não-onerosa. O prazo de prescrição para se propor ação reclamando a divisão concubinária era o das ações pessoais, que na época eram previstas no artigo 177 do Código Civil de 1916. E a companheira que tivesse reconhecido judicialmente seu direito na divisão do patrimônio poderia ser nomeada inventariante (RJTJSP, 37:97);

- o. A concubina obteve direito de usar de medida cautelar nominada para afastar o companheiro do lar concubinário pela RT 537:105 e JB 165:270);
- p. A Lei 8.069/90 permitiu que companheiros adotasse menores, desde que um deles tivesse pelo menos vinte e um anos e que tivessem comprovado a estabilidade familiar e que um deles deveria ser no mínimo dezesseis anos mais velho que o adotado;
- q. A Lei 8/068/90 considerou a companheira do servidor público aposentado e falecido como a pessoa legítima a ocupar o imóvel funcional, desde que a concubina continuasse morando neste imóvel.

Todos esses direitos não eram exclusivos da mulher, mas também eram extensivos aos homens companheiros, em caráter amplo de reciprocidade desses direitos.¹⁷

Analisando a evolução dos direitos assegurados aos concubinários afere-se que num primeiro momento a jurisprudência não reconheceu essa

¹⁷ DINIZ, Maria Helena, *Curso de direito civil brasileiro*, Ed. 8ª, p.233.

entidade como entidade familiar, procurando respaldo no direito do trabalho, vendo na atividade feminina uma verdadeira relação de trabalho que dava ensejo ao pagamento de indenização por parte do homem por seus servidos domésticos, e, um pouco mais a frente, fez analogia com o direito obrigacional, de modo a evitar o locupletamento ilícito de um dos companheiros.¹⁸ Mas há de se ressaltar que não houve a concessão ou o reconhecimento de direitos a alimentos, nem a herança ou quaisquer dos direitos que eram assegurados aos cônjuges, caracterizando essas relações como relações obrigacionais, não relações afetivas¹⁹ como a própria súmula 380.

Essas sociedades de fato claramente não tinham uma natureza familiar, mas sim uma natureza obrigacional. Porém foi a única saída encontrada pelos juristas da época para poderem tutelar o direito dos concubinos, posto que a legislação não tutelava direitos familiares advindos de outro modo que não pelo casamento.²⁰

Com o passar do tempo, tratar essas famílias como sociedade de fato já não era mais suficiente, e por pressão social e doutrinária, com a outorga da Constituição de 1988, esta trouxe a inovação jurídica: transformando famílias que já existiam de fato em famílias de direito através do seu artigo 226.²¹

1.3 Da família após a Constituição de 1988

Ressalte-se, um vez mais que em nenhuma das constituições brasileiras, até a de 1988, teve tutelado outro tipo de família que não fosse senão a advinda do casamento. Essa proteção era feita quando, ao se tratar de família, sempre vinha a locução “constituída pelo casamento”, fazendo com que qualquer outro tipo de relação afetiva que não fosse a constituída pelo matrimônio não fosse

¹⁸ DIAS, Maria Berenice, *União homoafetiva: o preconceito & a justiça*, 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 124.

¹⁹ DIAS, Maria Berenice, *União homoafetiva: o preconceito & a justiça*, 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 124.

²⁰ *Ibidem*, p. 124.

²¹ *Ibidem*, p. 126.

reconhecida como entidade familiar, e, posteriormente, sendo reconhecida somente como sociedade de fato por falta de melhor amparo legislativo.²²

Após a Carta Magna de 1988 surgiu a família sem a necessidade do casamento, passando a tutelar outros tipos de entidades familiares ao deixar o paradigma do casamento como constituição de família e ter como principal caracterizador da família a união advinda do afeto.²³ Isto está expresso no seu artigo 226 quando admite outros tipos de entidades familiares além do casamento, tais como: a união estável e a comunidade pai/mãe e filho/filha (ou família monoparental, constituída por um dos pais e seus filhos, sem a necessidade do “casal” para se efetivamente ser considerada como família). Outras entidades foram reconhecidas pela jurisprudência como a família anaparental, formada pela convivência entre parentes sem a convivência dos pais, e a família eudominista, formada pela convivência entre pessoas unidas pelo afeto, deixando claro, que a Constituição deixou de proteger o instituto intitulado casamento para a formação da entidade familiar para proteger as relações constituídas pelo o afeto para a formação de famílias.²⁴

Desse modo, o Estado a dar proteção às pessoas que integram a família, para que possam se desenvolver e se realizarem como pessoa humana, e deixando de dar proteção em especial a um específico instituto que compunha a família até então.²⁵

Nesse sentido, a partir da Constituição de 1988 as comunidades que antes eram consideradas como sociedades de fato – os concubinatos - passaram a ser reconhecidas como entidades familiares, tendo seus entes devidamente protegidos e resguardados pela legislação constitucional, e posteriormente pela infraconstitucional.²⁶ Com isso, problemas como a sucessão foram sanados já que não era mais preciso ter o vínculo matrimonial para ser reconhecido o herdeiro legítimo, mas sim a comprovação que aquela relação era pautada na afetividade,

²² DIAS, Maria Berenice, *União homoafetiva: o preconceito & a justiça*, 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 120.

²³ BRAGA, Simone; CARVALHO, Raissa. *A constitucionalidade das uniões homoafetivas: o reconhecimento como entidade familiar no ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-dos-estudantes-de-direito-da-unb/7a-edicao/a-constitucionalidade-das-unioes-homoafetivas-o-reconhecimento-como-entidade-familiar-no-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em 27/04/2011.

²⁴ Ibidem. Acesso em 27/04/2011.

²⁵ Ibidem. Acesso em 27/04/2011.

²⁶ CAHALI, Francisco José, *Contrato de convivência na união estável*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 25.

ostensibilidade e estabilidade.²⁷ Com ela, também se passou a reconhecer o direito igual entre os filhos biológicos e adotivos, direito este que não existia antes, tendo o filho biológico preferências sobre o filho adotado.²⁸ Nessa mesma linha, também passou a se reconhecer o filho bastardo com os mesmos direitos que os filhos biológicos e adotados.²⁹ Este reconhecimento de paternidade que independe de prova de origem genética – por conta da Constituição/88 ter equiparado os filhos biológicos, inclusive por inseminação heteróloga autorizada pelo marido, e adotivos privilegia a família socioafetiva.³⁰ Fica claro, mais uma vez, que a família agora é constituída principalmente pelo instituto da afetividade, não importando se os laços criados pelos seus entes foram por escolhas biológicas ou pura e simplesmente afetivas.³¹

Atualmente, embora a Constituição não tenha elencado em seu escopo as relações homoafetivas, não se tem como negar a existência delas e que estas vêm sendo objeto de discussão jurisprudencial quanto a sua natureza jurídica e a inclusão como família ou não.³²

A jurisprudência vem entendendo que a relação homoafetiva não é considerada família de direito, embora possam o ser de fato, e por isso vem aplicando a Súmula 380 do STJ aos casais do mesmo sexo que pleiteiam na justiça qualquer direito de família, considerando essa entidade como sociedade de fato, não uma entidade familiar, como antes o era com os casais concubinos.³³

Doutrinadores como Paulo Lôbo defendem que o rol elencado no artigo 226 não foi taxativo quanto aos tipos familiares, mas sim um rol exemplificativo.³⁴ Isso pelo fato do artigo 226, *caput*, cujo teor é “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”, se tratar de cláusula de inclusão, não deixando à margem do direito qualquer entidade que cumpra os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade.³⁵ Diferentemente do que acontecia nas constituições anteriores à de 1988, que carregavam em seu texto a locução “constituída pelo

²⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *A repersonalização das relações de família*. In o Direito de família e a Constituição de 1988, coord. Carlos Alberto Bittar, São Paulo: Saraiva, 1989, p. 99-102.

²⁸ Idem, Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 3, nº 12, p. 41-46, – Jan-Fev-Mar/2002 – Doutrina,.

²⁹ Ibidem, p. 41-46.

³⁰ Ibidem, p. 41-46.

³¹ Ibidem, p. 46.

³² Ibidem, p. 49-50.

³³ Ibidem.

³⁴ Ibidem, p. 51-52.

³⁵ Ibidem, p. 44-54.

casamento”, fazendo com que só a família constituída pelo casamento tivesse a proteção estatal.³⁶ E por conta do artigo 226 da Constituição Federal ser cláusula de inclusão, as famílias não explicitadas no texto constitucional seriam tipos implícitos incluídos na abrangência do conceito geral de família, indicado no *caput* do artigo, onde se tem traduzido o princípio da afetividade, que nada mais é que onde se identificar uma relação ou comunidade que esteja unida por laços afetivos, sendo esse laço o início e o final da relação, logo não havendo interesse financeiro à priori, terá, portanto, a presença da família.³⁷

Ainda de acordo com Paulo Lôbo, o desejo do legislador ao modificar este artigo, não foi ter por objeto da norma a família, como era antes, mas teve por finalidade acabar com as famílias que eram ditas como “ilícitas” na época, de modo que todos os tipos familiares fossem abarcados pelo conceito, não só aquelas famílias constituídas pelo casamento.³⁸ Os tipos familiares abordados diretamente nos parágrafos do artigo 226 são os mais comuns de se desenvolverem na sociedade, por isso recebem especial atenção do legislador, mas em nenhum de seus parágrafos há a exclusão explícita de outros tipos de entidades familiares que não aquelas abordadas no artigo.³⁹ Logo, seguindo o raciocínio, o *caput* do artigo supracitado é norma de inclusão geral, que não tem por objetivo excluir nenhum tipo de entidade familiar que cumpra os requisitos para a constituição da família.⁴⁰

Ademais, ao se analisar o artigo 227 da Constituição Federal, observa-se que se faz referência à família em geral, sem jamais tipificá-la, colocando em evidência o interesse de cada membro da família e também, principalmente, elencando deveres, como o de assegurar em especial os idosos e as crianças, a saber:⁴¹

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária,

³⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 3, nº 12, p. 40-42 Jan-Fev-Mar/2002.

³⁷ *Ibidem*, p. 51-54.

³⁸ *Ibidem*, p. 44.

³⁹ *Ibidem*, p. 45.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ *Ibidem*, p. 45-46.

além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.⁴²

Fica claro no *caput* deste artigo que a Constituição atual deixou de proteger a família como base do próprio Estado e de sua organização (família patriarcal), como era com as constituições anteriores, passando a proteger a pessoa em si, como parte integrante de uma família.⁴³ Por ser assim atualmente, verifica-se que ao se integrar uma família tem-se mais deveres que direitos, como visto ao longo do artigo transcrito.⁴⁴ A proteção da família é uma proteção indireta, o que se pretende proteger de forma direta é o interesse existencial e afetivo daqueles que a integram.⁴⁵ É o sujeito que é protegido constitucionalmente, para que possa ter viável o seu desenvolvimento e realização como pessoa humana.⁴⁶ E ao se analisar deste foco, é que não se pode marginalizar determinados tipos familiares em benefício de alguns, já que, conseqüentemente, algumas pessoas ficariam com seu direito de buscar seu livre desenvolvimento cerceado, ferindo, também, o princípio da dignidade da pessoa humana.⁴⁷

Porém há doutrinadores como Washington de Barros, que entendem que não se pode fazer uma interpretação extensiva do *caput* do artigo 226 sob pena do judiciário estar legislando.⁴⁸ Entende também que não há dúvidas quanto ao reconhecimento das relações homossexuais gerarem efeitos na esfera previdenciária, ou na esfera cível, no direito das obrigações, já que tanto em uma quanto na outra não há nenhuma obstrução para o seu reconhecimento.⁴⁹ Mas ao se tratar da esfera do direito de família, há que se ter atenção para o fato de que a própria Constituição em seu texto adotou a expressão “entre homem e mulher” ao falar sobre o casamento e a união estável, não deixando margem para o casamento ou união estável entre pessoas do mesmo sexo, não se admitindo a analogia nem a

⁴² BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 03/04/2011.

⁴³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 3, nº 12, p. 44-45, Jan-Fev-Mar/2002.

⁴⁴ Ibidem, p. 45-46.

⁴⁵ Ibidem, p. 46.

⁴⁶ Ibidem.

⁴⁷ Ibidem.

⁴⁸ MONTEIRO, Washington de Barros Silva; SILVA, Regina Beatriz Tavares da, *Curso de direito civil: direito de família*. Ed. 40, v. 2. São Paulo, 2010, p.94.

⁴⁹ Ibidem, p. 83-86.

equiparação do termo união homoafetiva ao status destes dois institutos.⁵⁰ Porém reconhece que há um instituto afetivo formado por pessoas do mesmo sexo, mas que ainda não foi tutelado pelo direito, e que só deve ser de fato reconhecido quando se inserir no ordenamento jurídico brasileiro, mais especificamente no Código Civil.⁵¹

Em face da expressão “entre o homem e a mulher”, Washington de Barros afirma que a união estável somente poderá acontecer entre casal heterossexual, já que a própria Constituição restringiu a união estável em seu texto, não se admitindo, portanto, o conceito por analogia de entidade familiar numa relação homossexual.⁵²

No entanto, o próprio STJ tem entendido que o artigo 226 deve ser interpretado de forma inclusiva e não restritiva ao estender o conceito de entidade familiar a pessoas que vivem sozinhos (em sua maioria viúvos ou divorciados) ao se tratar da impenhorabilidade do bem de família.⁵³ Certo é que nesses casos há tão somente uma equiparação ao conceito, pelo fato de uma pessoa sozinha não poder cumprir o requisito da afetividade para se formar uma família.⁵⁴ O que há na realidade é uma equiparação para se proteger aquela pessoa que já foi parte de uma família.⁵⁵

Ainda segundo Paulo Lôbo, a união homoafetiva pode ser reconhecida como sendo entidade familiar ao se cumprir os requisitos da afetividade, ostensibilidade e estabilidade.⁵⁶ Porém, concordando com Washington de Barros neste quesito, não reconhece que a união homoafetiva deva ser comparada a união estável por esta ser somente admissível entre homem e mulher, e aquela ter suas próprias especificidades e ser constitucionalmente protegida como entidade familiar distinta, por não serem tão semelhantes em suas particularidades.⁵⁷ Argumenta também que não é só porque não se há a possibilidade de se gerar filhos neste tipo

⁵⁰ MONTEIRO, Washington de Barros Silva; SILVA, Regina Beatriz Tavares da, *Curso de direito civil: direito de família*. Ed. 40, v. 2. São Paulo, 2010., p. 46-47.

⁵¹ Ibidem, p. 94.

⁵² Ibidem, p. 46-47.

⁵³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça – Resp. 205.170/SP, DJ 07.02.2000. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199900171195&dt_publicacao=07-02-2000&cod_tipo_documento=>>. Acesso em 07/04/2011.

⁵⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 3, nº 12, p. 52, Jan-Fev-Mar/2002.

⁵⁵ Ibidem, p. 52.

⁵⁶ Ibidem, p. 53.

⁵⁷ Ibidem, p. 54.

de família que se destoa do conceito, porque se assim o fosse, casais heterossexuais casados ou que vivem em união estável que não pudessem gerar filhos próprios não seriam também caracterizados como família.⁵⁸ Acrescenta, também, que a procriação não é finalidade única da constituição da família e que a adoção é permitida hoje a qualquer pessoa, independentemente do estado civil, e isso não impede que a criança seja inserida numa família, mesmo o parentesco civil sendo somente com um dos parceiros.⁵⁹ Essa ideia de inclusão familiar advém, principalmente, do princípio da afetividade, visto que antes de qualquer outro vínculo criado entre o adotado e o adotante é o vínculo afetivo.⁶⁰ Assim, quaisquer pessoas que cumpram os requisitos da afetividade, ostensibilidade e estabilidade, independentemente de qualquer outra variante, se inserem no conceito de família, mesmo não estando expressamente citado na Constituição, já que ela trouxe um rol meramente exemplificativo de tipos familiares.⁶¹

Explanados acima os requisitos para a composição de uma família há de se reconhecer que uma união homoafetiva pode cumprir todos os requisitos de composição de uma família quando há a comunhão de vida e de interesses entre os integrantes dessa união, há o auxílio mútuo, o respeito, a lealdade e principalmente o amor, que no caso representa o princípio da afetividade consagrado constitucionalmente. E mesmo esta família não podendo ser reconhecida juridicamente, sociologicamente ela já o é.⁶²

⁵⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 3, nº 12, p. 54, Jan-Fev-Mar/2002..

⁵⁹ Ibidem.

⁶⁰ Ibidem.

⁶¹ Ibidem, p. 55.

⁶² BRAGA, Simone; CARVALHO, Raissa. *A constitucionalidade das uniões homoafetivas: o reconhecimento como entidade familiar no ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-dos-estudantes-de-direito-da-unb/7a-edicao/a-constitucionalidade-das-unioes-homoafetivas-o-reconhecimento-como-entidade-familiar-no-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em 07/04/2011.

CAPÍTULO II – DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Não há como se discutir a constitucionalidade ou não da união entre pessoas do mesmo sexo sem se adentrar a fundo nos princípios que norteiam a nossa atual Constituição, por nela estarem os princípios e regras basilares para todo o ordenamento jurídico brasileiro.⁶³ A Constituição em si rege-se por princípios fundamentais por ela elencados em seu texto, tais quais o princípio da dignidade da pessoa humana, igualdade, liberdade, afetividade, entre outros, porém esses são os que basicamente interessam para o estudo e discussão do tema debatido.⁶⁴

Mas, para se fazer um estudo mais detalhado sobre estes princípios, é necessário fazer algumas distinções antes, tal qual a distinção que Roger Rios faz das normas de direito fundamentais.⁶⁵ Essas normas podem ser divididas em dois grupos basicamente, a saber: normas do tipo princípio e normas do tipo regra.⁶⁶ Para o autor os princípios têm caráter de “mandatos de otimização”, em contra partida, as regras tem um caráter de “mandato definitivo”.⁶⁷

As normas do tipo princípio têm caráter de “mandatos de otimização” e são normas que ordenam que sua aplicação seja ampliada na maior medida e grau possíveis, de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas da época e do lugar.⁶⁸ Em outras palavras, esse tipo de norma pode ser satisfeito em graus diferentes, e que esta satisfação não depende só das possibilidades jurídicas e fáticas, mas também depende dos princípios opostos, ou seja, as normas do tipo princípio são passíveis de ponderações, e não só isso, elas necessitam dessas ponderações para

⁶³ FONTANELLA, Patrícia, *A união homossexual no direito brasileiro: enfoque a partir do garantismo jurídico*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006, p. 85.

⁶⁴ DIAS, Maria Berenice, *União homoafetiva: o preconceito & a justiça*, 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 101-102.

⁶⁵ RIOS, Roger Raupp, *A homossexualidade no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Esmafe 2001, p. 64.

⁶⁶ Ibidem, p. 64.

⁶⁷ Ibidem, p. 64-65.

⁶⁸ Ibidem, p. 68.

que um princípio não exclua o outro e assim faça com que um princípio deixe de existir em razão do outro.⁶⁹ Esta ponderação é a forma de aplicação do princípio, um princípio regulando o outro de acordo com cada caso para que não haja injustiças e, em consequência, a má aplicação de todos os princípios constitucionais.⁷⁰

Já as normas do tipo regra são normas que se satisfazem nelas mesmas, o que a norma diz é o que deve ser feito e tão somente aquilo, não se estendendo a aplicação para muito além do que já está escrito.⁷¹ As normas do tipo regra, em suma, contém mandamentos que são de fato e juridicamente possíveis, sem que nenhuma outra variante interfira nesta equação.⁷² Porém, quando no mundo fático e jurídico já não se admite aquele determinado tipo de norma, ela deixa de existir.⁷³ Sua aplicação consiste no tudo ou nada, não é suscetível de ponderação como as normas do tipo princípio.⁷⁴

Depois dessa pequena introdução sobre a diferença entre regras do tipo princípio e regras do tipo norma, vale analisar as regras que este tópico se propôs a fazê-lo.

2.1 Da Dignidade da Pessoa Humana

Posto isso, um dos princípios que norteiam a Carta Constitucional é o princípio da dignidade da pessoa humana, que garante o direito de livre exercício da sexualidade de forma legítima, com o Estado respeitando a decisão de cada um.⁷⁵ Não só a sexualidade, mas todas as características que formam a pessoa da forma única que ela é, sendo a pessoa um fim em si mesma, não podendo sofrer nenhum tipo de restrição, sob penalidade de se perder aquilo que dá dinamismo à individualidade.⁷⁶ Por ter um fim em si mesmo, o ser humano não pode ser tratado como objeto para a realização de outros fins, não pode ser transformado em mero

⁶⁹ RIOS, Roger Raupp, *A homossexualidade no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Esmafe 2001, p. 64.

⁷⁰ Ibidem, p. 64-65.

⁷¹ Ibidem, p. 65.

⁷² Ibidem.

⁷³ Ibidem.

⁷⁴ Ibidem.

⁷⁵ Ibidem, p.89.

⁷⁶ Ibidem.

objeto de realização de atos do Estado.⁷⁷ Isto seria a degradação do ser humano como pessoa, e por consequência, seria a violação deste princípio constitucional consagrado no artigo 1º, inciso III.⁷⁸

Porém, ao se concentrar a abrangência deste princípio somente no que tange a sexualidade, nota-se com certa facilidade que a orientação sexual de cada um é fator importante integrante da personalidade e de seu desenvolvimento.⁷⁹ E por ser parte da personalidade do ser humano, esta afeta a sua dignidade, que é protegida constitucionalmente, e reconhecida como elemento central da sociedade, não devendo o Estado Democrático de Direito invadir ilegítimamente a esfera pessoal de cada um, mas sim promover positivamente suas liberdades.⁸⁰

Ademais, deve-se atentar para o fato que este princípio é um dos fundamentos da ordem jurídica constitucional, revelando a sua centralidade e importância diante de outros conceitos, formulações ou idéias jurídicas; é a valoração do princípio diante de preceitos jurídicos de ordem infraconstitucional.⁸¹ Como princípio abstrato, não taxativo em lei, deve-se ser interpretado de acordo com a evolução histórica de cada época.⁸² Agora, diminuir a esfera do alcance do direito em face tão somente da orientação sexual de cada pessoa, seria dar tratamento indigno ao ser humano.⁸³ Não se deve ignorar uma característica pessoal formadora de personalidade (e a orientação sexual o é), como se esta característica não tivesse qualquer vínculo com a dignidade da pessoa humana.⁸⁴

Pelo fato da orientação sexual ser elemento fundamental formador da personalidade do homem, e por isso ser elemento da dignidade da pessoa humana, é inviável, juridicamente falando, que preconceitos legitimem restrições de direitos, fazendo com que haja o fortalecimento de tabus e o mau funcionamento e aplicação de preceitos constitucionais de um Estado Democrático de Direito.⁸⁵

Tendo como base este princípio, é dever do Estado respeitar a realidade da união homoafetiva e protegê-la como entidade familiar, garantindo que

⁷⁷ RIOS, Roger Raupp, *A homossexualidade no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Esmafe 2001, p. 89-90.

⁷⁸ Ibidem, p. 90.

⁷⁹ Ibidem, p. 90-91.

⁸⁰ Ibidem, p. 91.

⁸¹ Ibidem, p.92.

⁸² Ibidem.

⁸³ Ibidem.

⁸⁴ Ibidem.

⁸⁵ DIAS, Maria Berenice, *União homoafetiva: o preconceito & a justiça*, 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 103-104.

as pessoas que têm uma opção sexual diferente da maioria possam exercer sua liberdade de escolha, e assim, poder usufruir de forma plena, todas as garantias e condições que o Estado oferece para seus cidadãos com o seu parceiro ou parceira, sem sofrer nenhuma obstrução ilegítima.⁸⁶

2.2 Da Liberdade

No que diz respeito ao Direito de Família, este princípio está intimamente ligado ao poder de livre escolha de constituição, realização ou extinção de uma entidade familiar, sem que qualquer pessoa, considerada parente ou não, ou lei interfira na liberdade do indivíduo de escolher seu modo de vida, constituição e educação dos filhos, desde que este método não interfira na dignidade dos menores, do livre planejamento familiar.⁸⁷

O Direito de Família anterior a Constituição de 1988 era estático e engessado, de modo que não se admitia a liberdade dos membros da entidade familiar, sendo esta só considerada assim se o fosse advinda do casamento.⁸⁸

Com a atual Constituição, ampliam-se consideravelmente os direitos de agir de cada membro da entidade familiar, substituindo desse modo a forma estática que anteriormente imperava no direito de família.⁸⁹

Através dessa liberdade concedida pela atual constituição é que se deu a liberdade de escolher o próprio projeto de vida e uma maior liberdade para se escolher as relações afetivas.⁹⁰

Este princípio não está ligado somente à criação, manutenção e extinção da entidade familiar, mas também está intimamente ligado ao modo como ela pode se reinventar.⁹¹ Não sendo dever do Estado o de restringir esses rearranjos de modo a interferir na liberdade e na vida privada de cada pessoa caso esses rearranjos não

⁸⁶ RIOS, Roger Raupp, *A homossexualidade no direito*, Porto Alegre: Livraria do Advogado; Esmafe 2001, p. 91.

⁸⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto, *Direito civil: famílias*. 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 62.

⁸⁸ Ibidem, p. 62.

⁸⁹ Ibidem, p. 62.

⁹⁰ Ibidem, p. 62-63.

⁹¹ Ibidem, p. 63.

tenham uma repercussão geral,⁹² devendo o Estado somente intervir para prover recursos educacionais e científicos ao exercício de liberdade.⁹³

O próprio reconhecimento da união estável pela Constituição de 1988 como entidade familiar e a sua regulamentação pelo Código Civil de 2002, possibilitam a opção aos casais que gostariam de estabelecer uma comunhão de vida originada num relacionamento afetivo.⁹⁴

Maria Berenice Dias afirma que cada pessoa tem direito de fazer qualquer coisa que a lei permita e o Estado tem o dever de não impedir essa ação ou omissão, qualquer restrição a esta liberdade dever ter suporte na legislação, e que para isso, mostre razões relevantes e constitucionais, baseadas, geralmente, no direito de terceiros ou no interesse coletivo.⁹⁵ E partindo daí, conclui a autora que o Estado não pode influenciar na vida afetiva de qualquer indivíduo, devendo ser assegurado a ele o direito de constituir família com a pessoa do mesmo sexo ou não.⁹⁶

2.3 Da igualdade ou isonomia

Este princípio pode ser encontrado em diversos dispositivos da Constituição de 1988, a saber: artigo 3º, IV; artigo 5º, I e; artigo 7º, XXX, e neles se vê a expressa proibição de qualquer desigualdade ou discriminação, neles inserido a discriminação em relação à conduta afetiva da pessoa em razão de sua orientação sexual.⁹⁷

Para Carlos Roberto Gonçalves o que foi estabelecido no artigo 226, § 5º, da Constituição Federal, acabou com o poder marital e com a submissão da mulher, que anteriormente estava restrita a tarefas domésticas e à procriação, sendo que

⁹² LÔBO, Paulo Luiz Netto, *Direito civil: famílias*. 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 63.

⁹³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume VI: direito de família/ Carlos Roberto Gonçalves. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 9.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 91.

⁹⁵ DIAS, Maria Berenice, *União homoafetiva: o preconceito & a justiça*, 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 105.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 105.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 107.

agora, o homem e a mulher ocupam o mesmo patamar de igualdade dentro de uma família, num sistema de co-gestão.⁹⁸

O princípio da igualdade veda ao legislador a edição de normas que vão de encontro a ele e à administração pública e roga para que o legislador implemente políticas públicas de superação das desigualdades entre o homem e a mulher que mesmo hoje em dia pode ser encontrado tais diferenças na sociedade.⁹⁹

Para Paulo Lôbo, a implementação do princípio da igualdade no sistema jurídico brasileiro se deveu principalmente para a extinção de desigualdades de direito entre os cônjuges, os filhos e as entidades familiares.¹⁰⁰ Agora não há mais um poder marital onde a mulher é submissa ao marido, os dois estão num mesmo patamar de igualdade, nem se trata de modo distinto o filho tido por meios biológicos ou por adoção, sendo todos considerados filhos legítimos e indistintos entre si, e tampouco há a proteção de uma única entidade familiar, como era exclusivo antes a entidade advinda do casamento, sendo que agora todas as entidades consideradas familiares estão no mesmo patamar de igualdade.¹⁰¹

Todavia, o princípio da igualdade não é absoluto em si mesmo, admitindo limitações que não violem o seu núcleo principal, como por exemplo o filho adotado que tem os mesmos direitos do filho biológico, porém este filho adotado está impedido de se casar com seus parentes consangüíneos, ao contrário dos demais filhos, admitindo, assim, a relativização em seu bojo.¹⁰²

A satisfação do princípio da igualdade às vezes requer tratar de modo distinto aqueles que teoricamente estariam no mesmo patamar de igualdade e isto não deve ser considerado discriminação, somente um reajuste para se ter o respeito ao diferente.¹⁰³

Em linhas gerais, esse princípio não se materializa só na premissa de tratar todos de modo indistinto, mas também se concretiza ao tratar os iguais como iguais e desiguais como desiguais na medida de suas desigualdades, porém há de se argumentar para saber se a desigualdade é real ou não.¹⁰⁴ Com isso, Roger Rios

⁹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume VI: direito de família/ Carlos Roberto Gonçalves. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 7.

⁹⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto, *Direito civil: famílias*. 3 ed., São Paulo, Saraiva, 2010, p. 59.

¹⁰⁰ Ibidem.

¹⁰¹ Ibidem.

¹⁰² Ibidem, p. 59-60.

¹⁰³ Ibidem, p. 60.

¹⁰⁴ RIOS, Roger Raupp, *A homossexualidade no direito*, Porto Alegre: Livraria do Advogado; Esmafe 2001, p. 76.

ensina que o princípio da igualdade por ser norma do tipo princípio, pode e deve ser aplicado da forma mais ampla possível, de acordo com os fatos jurídicos e históricos de cada época da humanidade.¹⁰⁵ Porém, há também que se ressaltar que este princípio tem que ser visto com especial atenção, por ser um princípio de fácil relativização.¹⁰⁶ A igualdade é uma relação que acontece entre objetos diferentes e cabe ao direito estabelecer quando estes objetos serão suscetíveis de comparação ou diferenciação.¹⁰⁷

Ainda segundo Roger Rios, o princípio da igualdade se apresenta no direito brasileiro tanto pela afirmação da “igualdade perante a lei” como na da “igualdade na lei”, expressões estas que são distintas, porém complementares do direito da isonomia, e pela convivência dessas duas afirmações é que se entende de forma mais profunda deste princípio constitucional.¹⁰⁸

A igualdade perante a lei teve como berço a revolução francesa, onde no preâmbulo da Constituição francesa de 1791 se viu escrito: “não mais existe, para nenhuma parte da nação ou para nenhum indivíduo, qualquer privilégio ou exceção ao direito comum de todos os franceses”.¹⁰⁹ Essa norma acabou com a diferenciação, ao menos por lei, entre nobres, burgueses e clero, que antes da Revolução tinham, notadamente, diferenças em grau de sua importância perante a sociedade e o rei.¹¹⁰

Ainda de acordo com Roger Rios, a igualdade perante a lei seria a igualdade formal, que seria a realização, sem exceção, do direito já existente, não considerando a pessoa; cada pessoa é, de forma igual, obrigado e autorizado pelo direito vigente e o Estado fica proibido de aplicar ou deixar de aplicar o direito em razão de uma pessoa em desfavor dos demais membros da sociedade.¹¹¹ Desse modo, o direito de igualdade deriva do princípio da primazia da lei no Estado de Direito, sem se considerar qualquer outro dado que singularize o destinatário da

¹⁰⁵ RIOS, Roger Raupp, *A homossexualidade no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Esmafe 2001, p. 65.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 66.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 66.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 68-69.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 69.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 68.

norma jurídica, considerando somente dados genéricos e abstratos para a formulação do mandamento legal.¹¹²

Desta feita, ao se inserir essas informações no âmbito da sexualidade, onde está situado a homossexualidade, e por conseguinte, a união homoafetiva, a consequência lógica ao se aplicar o princípio da igualdade perante a lei seria a não distinção entre orientação sexual, seja ela homo, heterossexual ou bissexual, por conta da lei proibir qualquer tipo discriminatório.¹¹³ Esta seria a finalidade do princípio da igualdade formal, a não identificação da pessoa como hetero ou homossexual.¹¹⁴

Porém, a concretização deste princípio constitucional é desafiada cotidianamente por uma sociedade onde a discriminação, em virtude da orientação sexual, é muito alta.¹¹⁵ Com a intenção de reforçar este princípio, foram criados dispositivos que proíbem qualquer tipo de discriminação, tanto por raça, cor, credo, idade e inclusive orientação sexual, e estes dispositivos nada mais são que desdobramentos da igualdade formal.¹¹⁶

Já a igualdade na lei, ou igualdade material, exige a igualdade no tratamento do direito vigente dos casos semelhantes, mas também exige a diferenciação no regime normativo quando se depara com situações distintas.¹¹⁷ Ou seja, a igualdade material não dá um tratamento igual, sem distinção alguma, para todas as relações, mas só naquelas que se apresentam como semelhantes que devem ser tratadas de modo análogo.¹¹⁸ Este princípio não suporta o entendimento de uma regulação desigual de fatos iguais; casos iguais devem ser vistos com a mesma regra.¹¹⁹ Segundo o Roger Rios, a problemática da igualdade na lei consiste em saber quais são os casos em que se deve dar o tratamento igualitário e quais são os casos que esse tratamento deve ser distinto para fins de um tratamento jurídico justo.¹²⁰ Para resolver essa problemática, o autor propõe identificar as igualdades e as diferenças de cada caso, ou seja, adentrar a fundo no conteúdo de

¹¹² RIOS, Roger Raupp, *A homossexualidade no direito*, Porto Alegre: Livraria do Advogado; Esmafe 2001, p. 68.

¹¹³ Ibidem, p. 70.

¹¹⁴ Ibidem, p. 70.

¹¹⁵ Ibidem, p. 70-71.

¹¹⁶ Ibidem, p. 71.

¹¹⁷ Ibidem, p. 74.

¹¹⁸ Ibidem, p. 75.

¹¹⁹ Ibidem.

¹²⁰ Ibidem.

cada caso concreto, para se verificar aquilo que pode ser considerado importante ou não para fins de equiparação ou diferenciação perante o princípio da isonomia.¹²¹

Em suma, a diferença entre a igualdade formal e material é que esta se materializa sempre que a desigualdade de tratamento forçar uma fundamentação razoável para aplicá-la,¹²² de modo que o mando da igualdade de tratamento se contenta com a simples inexistência de uma devida fundamentação que deixe claro uma distinção entre os conceitos analisados.¹²³

Este princípio se revela no direito de ser diferente e não receber nenhum tipo de tratamento degradante ou um melhor tratamento por isso.¹²⁴ E ao se proibir a união homoafetiva, baseando-se exclusivamente no sexo que compõe o casal, o que se está efetivamente se fazendo é a discriminação é tratar desiguais como iguais de forma preconceituosa.¹²⁵ Colocando estes desiguais à margem do resto da sociedade, logo, ferindo este princípio constitucional.¹²⁶

2.4 Da Afetividade

Embora este princípio não esteja explícito na Carta Magna como os demais até então debatidos, ele é o princípio que passou a nortear o direito de família após a última Constituição,¹²⁷ não sendo simplesmente petição de princípio ou fato exclusivamente sociológico.¹²⁸ Este princípio dá forma à dignidade humana e se entrelaça com os princípios da convivência familiar e da igualdade entre os cônjuges, companheiros e filhos, que ressalta os laços afetivos entre eles, não meramente os laços consanguíneos.¹²⁹

A partir do princípio da dignidade humana, a família volta a ter sua antiga função: a de unir pessoas por desejos e laços afetivos, sem qualquer discriminação

¹²¹ RIOS, Roger Raupp, *A homossexualidade no direito*, Porto Alegre: Livraria do Advogado; Esmafe 2001, p. 75.

¹²² Ibidem, p. 74-75.

¹²³ Ibidem, p. 68-69.

¹²⁴ DIAS, Maria Berenice, *União homoafetiva: o preconceito & a justiça*, 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 109.

¹²⁵ Ibidem.

¹²⁶ Ibidem, p. 106-109.

¹²⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto, *Direito civil: famílias*. 3 ed., São Paulo, Saraiva, 2010, p. 63-64.

¹²⁸ Idem, Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 3, nº 12, p. 46, Jan-Fev-Mar/2002.

¹²⁹ Ibidem, p. 64.

que se pudesse encontrar entre irmãos biológicos e adotivos, além de afastar o preavalecimento patrimonial, dando mais ênfase na solidariedade recíproca entre os indivíduos que constituem a família.¹³⁰

Este princípio, porém, não se confunde com o sentimento de afeto, pois a afetividade pode ser presumida mesmo quando o afeto não existir entre os entes familiares, uma vez que a afetividade é, na verdade, um dever dos pais em relação aos filhos e vice-versa, mesmo que não haja amor entre eles.¹³¹ E este dever só acaba com o falecimento de alguém participante da relação ou se acontecer a perda do poder familiar, diferentemente do que ocorre com o afeto, que pode não acabar com o falecimento do ente querido.¹³²

A partir do implemento deste princípio, o nosso sistema jurídico passou a observar a despatrimonialização do Direito Civil, em outras palavras, o foco jurídico passou do patrimônio para a pessoa.¹³³ Com isto, a família se tornou um lugar privilegiado para a realização da pessoa, pois é neste bojo que a pessoa experimenta suas primeiras vivências, onde ocorre seu desenvolvimento pessoal, para depois se relacionar com a sociedade.¹³⁴

O próprio Código Civil enuncia regra que está contida o princípio da afetividade, ao estabelecer em seu artigo 1.593 que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”.¹³⁵ Daí se tira que o Código neste artigo impede que o judiciário considere somente a verdade biológica, obrigando-o a considerar também a verdade do afeto, ficando os laços de parentesco familiar regidos pelo princípio da afetividade e deixando num mesmo patamar de dignidade.¹³⁶

A Constituição de 1988 ao deixar de considerar somente o casamento como único tipo familiar juridicamente aceito, passou a dar mais ênfase no

¹³⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto, *Direito Civil: famílias*. 3 ed., São Paulo, Saraiva, 2010, p. 63-64.

¹³⁰ Idem, Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 3, nº 12, p. 64, Jan-Fev-Mar/2002.

¹³¹ CUNHA, Maria Elena de Oliveira, *O afeto face ao princípio da dignidade da pessoa humana e seus efeitos jurídicos no direito de família*. <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=482>>. Acesso em 27/05/2011.

¹³² LÔBO, Paulo Luiz Netto, Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. *Revista Brasileira de Direito de Família* – v. 3, nº 12, p. 64, Jan-Fev-Mar/2002.

¹³³ CUNHA, Maria Elena de Oliveira, op. cit., Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=482>>. Acesso em 27/05/2011.

¹³⁴ Ibidem.

¹³⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto, *Direito civil: famílias*. 3 ed., São Paulo, Saraiva, 2010, p. 67.

¹³⁶ Ibidem, p. 67.

fundamento comum de todas as famílias, ou seja, a afetividade, que é necessária para a realização pessoal de seus integrantes.¹³⁷

Desse modo, a afetividade se tornou o melhor meio para se solucionar conflitos familiares, pois este princípio estabiliza estas relações, sendo elas de qualquer natureza e, por vezes, torna desnecessária a intervenção do legislador no núcleo familiar, e em segundo plano o interesse econômico-patrimonial e se coloca em voga a realização dos afetos no direito de família.¹³⁸

A afetividade nasce da convivência, com o interesse econômico deixado em segundo plano, e acontece num ambiente de solidariedade e responsabilidade.¹³⁹ Deste princípio se chega à conclusão de que onde tiver uma relação ou comunidade unidas por laços de afetividade, sem interesse econômico à priori, sendo esta relação a sua causa originária e final, haverá família.¹⁴⁰

Sendo assim, a união homoafetiva pode ser considerada como entidade familiar desde que cumpra os requisitos da afetividade, estabilidade e ostensibilidade, eis que é o princípio da afetividade que rege as relações de família nos dias de hoje. Dessa forma, também se depreende do estudo realizado que já que o afeto é o núcleo da família, a Constituição Federal de 1988 aceita outros tipos de entidades familiares além daqueles elencados no rol do artigo 226.¹⁴¹

¹³⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto, Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. *Revista Brasileira de Direito de Família* – v. 3, nº 12, p. 47, Jan-Fev-Mar/2002..

¹³⁸ *Ibidem*, p., 67-68.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 47.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 47.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 53.

CAPÍTULO III – DO PENSAMENTO DA COMUNIDADE HOMOSSEXUAL

A Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLT) nasceu em 1995 sendo hoje a maior rede LGBT da América Latina, e o seu objetivo é promover ações afim de garantir o exercício da cidadania e os direitos humanos para os gays, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais, com a intenção de construir uma sociedade mais democrática, onde nenhuma pessoa poderá ser discriminada por conta de sua orientação sexual ou identidade de gênero.¹⁴²

Para implementar esse objetivo, a ABGLT, com a ajuda do governo federal, criou o Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos e LGBT que busca políticas públicas que possam alcançar as necessidades e direitos da população homoafetiva, como por exemplo o Programa Brasil Contra a Homofobia.¹⁴³

Os objetivos deste Plano são divididos basicamente em dois grupos: geral e específicos. O geral é ajudar a construir políticas públicas para a inclusão social e o combate a discriminação sofrida pela população LGBT. Já os objetivos específicos são basicamente promover os direitos fundamentais da parte da sociedade LGBT brasileira, garantindo preceitos constitucionais tais como a inviolabilidade à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, promover os direitos sociais da população LGBT, dando especial atenção para a parte da população que está em situação de risco social e violência e combater a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero.¹⁴⁴

Para atingir estes objetivos, o Plano conta com princípios norteadores, sabendo que em um Estado Democrático de Direito não se tolera práticas que

¹⁴² ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LÉSBICAS, GAYS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS. [Home Page]. Disponível em: <<http://www.abglt.org.br/port/index.php>>. Acesso: 10/09/2011

¹⁴³ Idem, *Plano LGBT*. Disponível em <http://www.abglt.org.br/port/planos_gov.php>. p. 7. Acesso em 10/09/2011.

¹⁴⁴ Ibidem, p. 10. Acesso em 10/09/2011.

criminalizam e deixam à margem por motivo de sexo, orientação sexual e/ou identidade de gênero.¹⁴⁵

Sendo assim, o Plano orienta-se pelos princípios da igualdade e respeito à diversidade, equidade, respeito diversidade, laicidade do Estado, da universalidade das políticas, da justiça social, da transparência dos atos públicos e da participação e controle social.¹⁴⁶

Este plano foi fruto do comprometimento do Governo Federal em contemplar políticas públicas de combate à homofobia e de promoção dos direitos humanos e da própria cidadania e para alcançar este objetivo o Plano segue algumas diretrizes pré-estabelecidas, tais como:¹⁴⁷

- uma abordagem pluralista afim de reconhecer e garantir a dignidade da pessoa humana nos setores governamentais e na própria sociedade; combater a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero nas repartições públicas; mostrar a diferença entre homofobia, lesbofobia e transfobia bem como combater a homofobia institucional; promover a denúncia da discriminação à pessoas da comunidade LGBT; combater a violência sofrida por esta parte da população no âmbito doméstico e familiar; promover a inclusão social da comunidade LGBT, com especial atenção para grupos em situação de risco; **ampliar o número de entidades familiares aceitos, de modo a incluir as famílias constituídas por casais homoafetivos**; combater a intolerância religiosa em relação a homossexualidade e a identidade de gênero; garantir o acesso aos cidadãos LGBT à todos os ambientes, tanto privados quanto públicos; inserir a temática LGBT na educação básica e superior para promover a igualdade e não discriminação por orientação sexual; inserir temas como direitos humanos nos concursos públicos federais; garantir aos estudantes LGBT o acesso e a permanência em todas as modalidades de ensino, sem sofrer qualquer tipo de preconceito

¹⁴⁵ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LÉSBICAS, GAYS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS, *Plano LGBT*. Disponível em <http://www.abglt.org.br/port/planos_gov.php>. p. 11. Acesso em 10/09/2011.

¹⁴⁶ Ibidem, p. 11-12. Acesso em 10/09/2011.

¹⁴⁷ Ibidem, p. 14. Acesso em 10/09/2011.

por motivos de orientação sexual e identidade de gênero; **legalizar a adoção de crianças por casais homoafetivos**; reconhecer os companheiros do mesmo sexo de militares como dependentes, com os mesmos direitos dos militares heterossexuais; implementar política pública contra a homofobia em penitenciárias e casas de custódias, assegurando aos detentos homossexuais o direito de se quiserem optar por cela distinta da dos demais; garantir ao profissional de segurança LGBT o desenvolvimento da sua carreira sem que sua orientação sexual afete nisto; ampliar o plano de previdência aos casais homoafetivos de travestis e transexuais; adotar medidas para que o Brasil se torne um lugar atraente para o turista LGBT estrangeiro; propor alterações legislativas de modo a garantir os direitos fundamentais consagrados na Constituição para o cidadão LGBT; entre outros.¹⁴⁸

Afirma o Plano que a defesa desses direitos somente serão efetivas se houver uma ampla cooperação entre os setores públicos, envolvendo todos os níveis de proteção social e com uma abordagem para mudar a cultura brasileira para se reconhecer a comunidade LGBT como cidadãos e sujeitos de direito.¹⁴⁹

Para se ter o acompanhamento deste projeto e avaliá-lo ao final, terá um Grupo de Trabalho Interministerial, com caráter permanente, com sua composição de órgãos federais do Poder Executivo e coordenado pela Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República.¹⁵⁰

Com relação ao julgamento da ADPF 132 e a ADI 4277 pelo STF, o presidente, Tori Reis, da ABGLT afirma que o reconhecimento como entidade familiar de casais de mesmo sexo “é uma vitória para a igualdade de direitos”.¹⁵¹ Para Tori Reis, o reconhecimento foi uma vitória para a democracia, eis que “ninguém saiu perdendo com esta decisão, muito pelo contrário, a comunidade

¹⁴⁸ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LÉSBICAS, GAYS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS, *Plano LGBT* Disponível em <http://www.abglgt.org.br/port/planos_gov.php>. P. 14-19. Acesso em 10/09/2011.

¹⁴⁹ Ibidem, p. 20. Acesso em 10/09/2011.

¹⁵⁰ Ibidem, p. 41. Acesso em 10/09/2011.

¹⁵¹ Idem, *[Coluna]*. Disponível em: <<http://www.abglgt.org.br/port/basecoluna.php?cod=163>>. Acesso em: 10/09/2011.

LGBT ganhou o acesso à igualdade de direitos garantidos pela Carta Magna que até a decisão tinha sido negado para essa minoria”.¹⁵²

No entanto, o Presidente da Associação também considerou que o Congresso Nacional está defasado com relação a este assunto desde 1995, quando pela primeira vez o tema foi colocado em pauta no Projeto de Lei 1151/75, da agora senadora Marta Suplicy; terminando sua declaração dizendo que este foi mais um passo para a vitória contra a desigualdade.¹⁵³

¹⁵² ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LÉSBICAS, GAYS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS, [Coluna]. Disponível em: <<http://www.abglt.org.br/port/basecoluna.php?cod=163>>. Acesso em: 10/09/2011.

¹⁵³ Ibidem. Acesso em: 10/09/2011.

CAPÍTULO VI – DO ENTENDIMENTO DO STF QUANTO A ADPF 132 E ADI 4277

4.1 Voto do Ministro Relator Carlos Ayres Britto

A ADPF 132 foi proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, contendo nela o pedido de se reconhecer a união homoafetiva e que com isso mudasse a interpretação do art. 1.723 do Código Civil Brasileiro, fazendo-se a interpretação analógica, interpretando-o de acordo com a Constituição Brasileira e seus princípios fundamentais. Subsidiariamente o Governador pediu que, caso o Eg. Tribunal Supremo entendesse pelo descabimento de ADPF, que esta fosse convertida em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI).¹⁵⁴

Já a ADI 4277 proposta pela Procuradoria Geral da República versou sobre o mesmo assunto da ADPF tratada no parágrafo anterior, sendo ambas as ações distribuídas para o Ministro Carlos Ayres Britto.¹⁵⁵

Em seu voto, o Ministro relator, primeiramente conheceu de ambas as ações e depois passou a pormenorizar o seu voto quanto ao que foi pedido em ambas as ações.¹⁵⁶

Primeiramente o Ministro Relator explicou o porquê da nomenclatura “homoafetividade” utilizada no em seu voto não teve seu significado expresso primeiramente no dicionário, porém, foi utilizado pela primeira vez pela autora Maria Berenice Dias no objetivo de tentar diminuir o preconceito estigmatizado na palavra “homossexualidade”. Sua primeira aparição, portanto, foi no mundo jurídico.¹⁵⁷

Feita essa elucidação, o Relator esclareceu que a primeira vez em que a palavra “sexo” foi utilizada na atual Constituição brasileira foi no art. 3ª, inciso IV e diz que o sexo do ser humano, salvo expressa disposição em contrário, não é motivo para diferenciação no tratamento jurídico, e que este artigo veda expressamente o

¹⁵⁴ BRASIL, *Supremo Tribunal Federal. ADI 4.277*. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277.pdf>>. P. 1-3. Acesso em: 08/08/2011.

¹⁵⁵ Ibidem, p. 3-4. Acesso em: 08/08/2011.

¹⁵⁶ Ibidem, p. 4-7. Acesso em: 09/08/2011.

¹⁵⁷ Ibidem, p. 7-8. Acesso em: 09/08/2011.

tratamento discriminatório ou preconceituoso por conta do sexo das pessoas. E este tratamento discriminatório impede a aplicação do artigo constitucional citado anteriormente que é “promover o bem de todos”.¹⁵⁸

Acrescentou ainda que por vedar o preconceito, o artigo 3º, inciso IV nivela as pessoas e as deixa num mesmo patamar, não importando sexo, idade, posição social, posição geográfica ou cor da pele, porque isto não é escolha do ser humano, é mera consequência do destino e da genética.¹⁵⁹

Esclareceu, também, que ao se mencionar “sexo” na Constituição, o legislador quis significar a diferenciação entre os dois tipos humanos: o homem e a mulher. E que essa distinção se dá pelo sexo de cada um, ou seja, pelos órgãos sexuais que cada pessoa tem. E ao mencionar sexo na Constituição o legislador não fez qualquer restrição à análise ou proibição de como cada pessoa pode dispor de seu aparelho sexual, e com este silêncio normativo deu a liberdade para cada um escolher o quê fazer e como fazê-lo com seu sexo. Com isso, a norma deu liberdade ao ser humano para “escolher” sua orientação sexual de modo não discriminatório.¹⁶⁰

Como a pessoa não pode ser desassociada do seu sexo, e pela vedação da discriminação, a Constituição protege a livre escolha da orientação sexual do indivíduo. Tratando-se esta liberdade como um bem da personalidade humana, intrínseco à sua dignidade, algo que está na esfera da autonomia da vontade da pessoa, ou seja, a sexualidade reside no ser humano no âmbito de sua busca existencial plena, a busca de si mesmo, é a busca da identidade individual. Além disso, ao passar do prazer puramente físico para a busca pelo prazer amoroso, a busca de si mesmo se enriquece, não devendo esta busca ser um fardo.¹⁶¹

Discorre o Ministro Relator que a homossexualidade não é e não deve ser tratada como uma patologia, e por ser uma identidade psíquica deve ser vista como parte do processo de individualização do ser humano e esta individualização está intimamente ligada aos princípios da liberdade e igualdade, que são “valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”.¹⁶²

¹⁵⁸ BRASIL, *Supremo Tribunal Federal. ADI 4.277*. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277.pdf>>. P. 8-12. Acesso em: 09/08/2011.

¹⁵⁹ Ibidem, p. 12-14. Acesso em: 09/08/2011.

¹⁶⁰ Ibidem, p. 14-17. Acesso em: 09/08/2011.

¹⁶¹ Ibidem, p. 17-18. Acesso em: 09/08/2011.

¹⁶² Ibidem, p. 18-19. Acesso em: 09/08/2011.

Feita essa introdução, restou claro que as normas analisadas não fazem qualquer distinção entre o masculino ou feminino e tampouco restringe o uso da sexualidade de cada indivíduo, ou seja, não importa a preferência sexual da pessoa, a qualificação como conduta juridicamente lícita é certa antes mesmo da própria pessoa saber sua preferência. Acrescenta também que a orientação sexual é próprio da natureza humana, e o direito não pode incorrer no erro de regular o irregulamentável, só quando a sexualidade do indivíduo se impõe de forma brusca sobre a de outra pessoa, como por exemplo no estupro, na pedofilia ou na figura do concubinato.¹⁶³

Como atualmente há a preponderância do afeto frente a biologia, precisamente por se tratar da dignidade da pessoa humana, entende-se que o heterossexual só poderá se realizar sendo heterossexual, bem como o homossexual só se realizará se puder exercer de forma livre a sua homossexualidade ou homoafetividade.¹⁶⁴

Esclarecido de que a Constituição não permite de forma alguma o preconceito e esta intencionalmente não proibiu o livre uso da sexualidade humana, o resultado no voto do Ministro Ayres Britto foi o reconhecimento da autonomia de vontade das pessoas naturais, tornando-se, por assim dizer, o uso da sexualidade um direito subjetivo.¹⁶⁵

Continua o Ministro Relator afirmando que a prática da sexualidade humana se dá na intimidade e na vida privada de cada pessoa, e tanto a intimidade quanto a privacidade estão constitucionalmente garantidos no art. 10 da Lei Maior, *verbis*: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”. Sendo este artigo um direito fundamental, dá-se a sua aplicação imediata, conforme o §1º do art. 5ª da Constituição, que versa: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata”.¹⁶⁶

¹⁶³ BRASIL, *Supremo Tribunal Federal. ADI 4.277*. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277.pdf>>. P. 19. Acesso em: 09/08/2011.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 20. Acesso em: 10/08/2011.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 22. Acesso em: 10/08/2011.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 22. Acesso em: 10/08/2011.

Desse modo, infere-se que a liberdade sexual só poderia delimitada se tivesse um enunciado constitucional neste sentido, como não o há, a liberdade torna-se um direito inviolável.¹⁶⁷

Dito isto, o Relator começa a discorrer no voto se a Constituição Federal proíbe ou não a união entre pessoas do mesmo sexo.¹⁶⁸

Ao se analisar o art. 226, *caput*, no qual versa “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado” o Relator alegou que o núcleo família empregado na Constituição refere-se à família de forma geral, tanto informalmente ou formalmente constituída quanto se heterossexual ou homossexual.¹⁶⁹

Alegou também que a Constituição ao se referir à família em todo o seu texto não faz qualquer menção a outro requisito de formação de família senão o de um conjunto autônomo doméstico.¹⁷⁰ O Relator trouxe um exemplo, tais como: o salário mínimo no âmbito nacional (inciso IV do art. 7º); incisos XXVI, LXII e LXIII do art. 5º; art. 191; inciso IV e §12 do art. 201; art. 203; art. 205 e inciso IV do art. 221.¹⁷¹ Em todos estes dispositivos não há qualquer referência ao atrelamento da família à famílias heterossexuais, ou formalidade cartorária, ou celebração civil ou religiosa. Salientou Ayres Britto que todos estes dispositivos se limitam ao reconhecimento de família como uma instituição privada que é voluntariamente constituída por pessoas adultas e que mantém com o Estado uma relação tricotômica.¹⁷² Somente em um único dispositivo constitucional, o parágrafo §1º do artigo 183, é que se verifica o emprego da expressão “entre homem e a mulher”, mas que mesmo assim, é empregado na forma de equiparação da importância jurídica de ambos e que usualmente o homem pode deixar o lar e vir a negociar aquele imóvel que antes era de uso do casal. Instituto que, para o Ministro, obedece a um outro tipo de realidade que não se equipara com a heteroafetividade e homoafetividade.¹⁷³

Além disso, destacou o Ministro em seu voto que a família, por ser um natural meio de coletividade humana, de integração comunitária, seja por sangue ou afinidade, a família teria que ter o mais amplo conceito jurídico e a mais extensa

¹⁶⁷ BRASIL, *Supremo Tribunal Federal. ADI 4.277*. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277.pdf>>. P. 22. Acesso em: 10/08/2011.

¹⁶⁸ Ibidem, p. 28-29. Acesso em: 10/08/2011.

¹⁶⁹ Ibidem, p. 30-31. Acesso em: 10/08/2011.

¹⁷⁰ Ibidem, p. 31. Acesso em: 10/08/2011.

¹⁷¹ Ibidem, p. 31. Acesso em: 10/08/2011.

¹⁷² Ibidem, p. 31. Acesso em: 10/08/2011.

¹⁷³ Ibidem, p. 31-32. Acesso em: 10/08/2011.

proteção constitucional, sendo esta insuscetível de uma interpretação conceitual restrita, já que pode se desdobrar de inúmeras maneiras.¹⁷⁴

Deve-se considerar como família todo aquele grupo que tem em sua essência a estabilidade, afetividade, solidariedade e também deve ser uma entidade espiritualmente estruturada, sendo nela onde o Estado se espelha. A família é o alcance de uma forma superior de vida em grupo, por estar voltada para o crescimento tanto individual como coletivo de todos os seus integrantes; por compartilharem interesses e valores e terem a consciência de que também partilham o mesmo destino histórico.¹⁷⁵

Dito isto, entende-se que o artigo 226 da Constituição Federal deve ser interpretado da maneira ampla, já que é a base da sociedade, logo, é a família que deve servir como base para a interpretação dos dispositivos constitucionais, não os dispositivos constitucionais servindo de base para a interpretação do conceito de família.¹⁷⁶

Salientou o Relator que a obrigação do Supremo Tribunal Federal é manter a coerência da Constituição Federal, e que, neste caso da união homoafetiva, corre-se o sério risco de dar uma interpretação claramente preconceituosa e homofóbica ao conceito de família.¹⁷⁷ E continuou dizendo que para dar a devida interpretação para o conceito de família não se deve fazer distinção entre uma família heteroafetiva e a homoafetiva, desde que ambas cumpram o requisitos da visibilidade, durabilidade e estabilidade.¹⁷⁸ Se assim não o for, corre-se o risco de se consagrar a liberdade dos homoafetivos pela metade ou deixar os homoafetivos à margem da sociedade.¹⁷⁹

Feito o contexto normativo da família, o Relator passou a dar atenção à interpretação de cada um dos parágrafos do artigo 226 da Carta Magna, abaixo esclarecidos.¹⁸⁰

¹⁷⁴ BRASIL, *Supremo Tribunal Federal. ADI 4.277*. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277.pdf>>. P. 32-33. Acesso em: 10/08/2011.

¹⁷⁵ Ibidem, p. 33-34. Acesso em: 10/08/2011.

¹⁷⁶ Ibidem, p. 34-35. Acesso em: 10/08/2011.

¹⁷⁷ Ibidem, p. 38. Acesso em: 10/08/2011.

¹⁷⁸ Ibidem, p. 38. Acesso em: 10/08/2011.

¹⁷⁹ Ibidem, p. 38. Acesso em: 10/08/2011.

¹⁸⁰ Ibidem, p. 39-48. Acesso em: 10/08/2011.

- O casamento, situado no primeiro e segundo parágrafos do artigo citado, é uma das modalidades de Constituição de família e não a única como fora até a constituição anterior à atual. Porém, ainda é uma tradição sócio-cultural-religioso muito forte em nossa sociedade, querendo a Constituição fazer uma homenagem, colocando-o em primeiro lugar, e a este instituto que é a forma mais notória de constituição de família.
- Em seu parágrafo terceiro a Constituição trás a modalidade da união estável onde o Relator esclarece que os dizeres “união estável entre o homem e a mulher” nada mais são do que uma expressão para o incentivo ao casamento, como forma de reverência à tradição do casamento, eis que é notório que o casamento no Brasil jamais ocorreu entre pessoas do mesmo sexo e lembra o Ministro que o próprio dispositivo referente ao casamento não trouxe em seu bojo a expressão “entre homem e a mulher”. Enfatiza também que a expressão “entidade familiar” não é hierarquicamente inferior à “família”, sendo aquele um sinônimo perfeito deste. Se assim não o fosse, expressões como “entidade autárquica” não deveriam ser considerados como “autarquia” ou “entidade federativa” ser considerada como “federação”.
- Esclarece, também, que a própria Constituição Federal tratou de diferenciar o instituto do casamento e da união estável, eis que esse deve se provar por meio do tempo, enquanto aquele não se faz esta exigência temporal. Ou mesmo que a união estável não precisa de uma formalidade para a sua dissolução, enquanto que o casamento precisa passar pelo processo do divórcio.
- Na análise do quarto parágrafo do artigo 226 da Lei Maior, protagoniza a entidade familiar conhecida como monoparental. O Relator destaca que este tipo de família não é hierarquicamente inferior à união estável ou o casamento, pois uma família não pode ser considerada menos família por ter perdido, de qualquer

maneira que seja, um membro provedor ou por escolha própria o provedor ser ele o único, e não em parceria, provedor da família.

Argumentou o relator que neste artigo que a Constituição é meramente enunciativa, não tendo caráter taxativo e afirma que na adoção, não se pode excluir previamente a adoção por pessoa de qualquer preferência sexual, sozinha ou em regime de companheirismo. Também sustenta que nem a Lei Maior nem a lei específica fazem qualquer distinção entre o adotante hetero ou homossexual, como também possibilita a adoção por um só adotante, desde que este seja adulto, não se distinguindo entre adotante solteiro ou casado. E por isto, o Relator defende a ideia de se aplicar o mesmo raciocínio que proíbe o preconceito para o procedimento de adoção, desde que sempre levado em consideração as regras do artigo 227 da Constituição Federal.¹⁸¹

Por fim, o Ministro Relator julgou, em caráter preliminar, parcialmente prejudicada a ADPF 132-RJ, e no pedido residual, a conheceu como ação direta de inconstitucionalidade. No mérito, julgou procedente as duas ações, dando ao artigo 1.723 do Código Civil interpretação conforme a Constituição para se ampliar a união estável ao casal homoafetivo, desde que cumprido os mesmos requisitos do casal heteroafetivo, devendo ser considerada esta união como entidade familiar.¹⁸²

4.2 Voto do Ministro Luiz Fux

Logo no início do seu voto o Senhor Ministro Luiz Fux deixou claro que acompanhou o Ministro Relator em seu voto.¹⁸³

Para fundamentar seu posicionamento o Ministro discorreu sobre a teoria dos deveres de proteção, fixando-se mais especificamente na dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que diz que os direitos fundamentais não vislumbram tão só a

¹⁸¹ BRASIL, *Supremo Tribunal Federal. ADI 4.277*. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277.pdf>>. P. 48. Acesso em: 10/08/2011.

¹⁸² Ibidem, p. 48-49. Acesso em: 10/08/2011.

¹⁸³ SCRIBD, *ADI 4.722 Ministro Luiz Fux*. Disponível em <<http://pt.scribd.com/doc/58914720/ADI-4277-Ministro-Luiz-Fux>>. P. 3. Acesso em: 15/08/2011.

relação entre o indivíduo e o Estado, mas também positivam valores elegidos pela sociedade como basilares, tornando possível determinar os limites do poder político e dos particulares.¹⁸⁴

Dessa forma, o Estado não só não poderá violar os direitos fundamentais de cada pessoa, mas deverá também atuar de forma positiva afim de proteger os titulares desses direitos quando estes forem ameaçados ou lesionados por terceiros ou por Estados estrangeiros.¹⁸⁵

Para o Ministro, é dever do Estado, neste caso através do Governador do Estado, atuar de forma positiva para defender os direitos fundamentais de seus cidadãos, provocando o judiciário para este fazer o controle de constitucionalidade concentrado para obter a tal defesa, não se contraponto, portanto, à ação proposta pelo Estado do Rio de Janeiro.¹⁸⁶

Ao analisar o mérito, o Relator destacou que a homossexualidade não é em nenhum lugar proibida na legislação brasileira, e ainda destacou o fato do artigo 5º, inciso II da Constituição Federal vedar qualquer tipo de conduta aos indivíduos.¹⁸⁷

Após dizer que a união homoafetiva não é ato jurídico inexistente, pois, segundo ele, “*ubi societas, ibi jus*” (onde está a sociedade, está o direito) e acrescenta que “a constituição da união homoafetiva existe, ocorre e gera efeitos jurídicos relevantes, que, portanto, merecem tratamento jurídico”.¹⁸⁸

Desse modo, para o Ministro não interessa saber se há a união homoafetiva no sistema jurídico brasileiro, para ele resta saber qual é o tratamento jurídico a ser aplicado.¹⁸⁹

Ao fazer uma breve análise do que é família hoje e concordar em suas palavras com o Ministro Relator, sobre este conceito,¹⁹⁰ o Ministro Luiz Fux afirma que nada distingue a união estável heterossexual da união homossexual, a não ser por seus membros, pois em ambos os casos tais entidades buscam a realização em si, e têm o amor familiar como base da construção desta união.¹⁹¹ Cita o Relator o

¹⁸⁴ SCRIBD, *ADI 4.722 Ministro Luiz Fux*. Disponível em <<http://pt.scribd.com/doc/58914720/ADI-4277-Ministro-Luiz-Fux>>. P. 3-4. Acesso em: 15/08/2011.

¹⁸⁵ Ibidem, p. 5-6. Acesso em: 15/08/2011.

¹⁸⁶ Ibidem, p. 6-7. Acesso em: 15/08/2011.

¹⁸⁷ Ibidem, p. 9. Acesso em: 15/08/2011.

¹⁸⁸ Ibidem, p. 9-10. Acesso em: 15/08/2011.

¹⁸⁹ Ibidem, p. 10. Acesso em: 15/08/2011.

¹⁹⁰ Ibidem, p. 11-13. Acesso em: 15/08/2011.

¹⁹¹ Ibidem, p. 13-14. Acesso em: 15/08/2011.

autor Robert Alexy que ensinou que ao não existir uma razão suficientemente séria para o tratamento jurídico distinto, há que se aplicar o tratamento idêntico, e como, para o Relator, não há grandes diferenças entre a união hetero e homossexual há de se dar o tratamento isonômico.¹⁹²

Acrescenta o Ministro que ao não se aplicar o princípio da isonomia no caso em tela, o Estado estará tolhendo o indivíduo homossexual de expressar-se como sujeito livre e impondo-lhe um conceito moral pré-estabelecido e adotado Estado.¹⁹³ E ao negar o mesmo tratamento que dá ao heterossexual no que concerne ao respeito da autonomia para dirigir sua vida livremente, o Estado impede o ser humano de exercer sua liberdade, está automaticamente indo de encontro com o princípio da dignidade da pessoa humana.¹⁹⁴

Observa o Ministro que o reconhecimento da união homoafetiva também tem que ser analisada sob o foco da segurança jurídica no que concerne em como será esta união e lembra que nem nas uniões heterossexuais mais duradouras tem como se antecipar como será a sucessão dos bens adquiridos na constância da união, podendo o casal, homo ou hetero, fazer a escolha de ter um testamento para lhes assegurar de uma maneira mais forte.¹⁹⁵ Porém, este reconhecimento tira seus integrantes do limbo e dá a certeza que se terá efeitos jurídicos sobre aquela relação.¹⁹⁶

Por fim, registra o Ministro que a união estável homoafetiva ao ser reconhecida não traz só direitos, mas também traz deveres, tais como a sua comprovação e seus requisitos de comprovação, tais quais a durabilidade, estabilidade, o propósito de constituição de entidade familiar e a publicidade, porém esse último pode ser um pouco maleável, levando-se em consideração o preconceito ainda sofrido nos dias de hoje por quem decide viver abertamente a sua orientação sexual.¹⁹⁷

Assim, o Ministro julgou procedente os pedidos subsidiários da ADPF 132, e os da ADI 4.277 inteiramente para estender os efeitos, para o artigo 1.723 do

¹⁹² SCRIBD, *ADI 4.722 Ministro Luiz Fux*. Disponível em <<http://pt.scribd.com/doc/58914720/ADI-4277-Ministro-Luiz-Fux>>. p. 14. Acesso em: 15/08/2011.

¹⁹³ Ibidem, p. 15-16. Acesso em: 15/08/2011.

¹⁹⁴ Ibidem, p. 16-17. Acesso em: 15/08/2011.

¹⁹⁵ Ibidem, p. 19-20. Acesso em: 15/08/2011.

¹⁹⁶ Ibidem, p. 20. Acesso em: 15/08/2011.

¹⁹⁷ Ibidem, p. 23. Acesso em: 15/08/2011.

Código Civil seja interpretado conforme a Constituição, para determinar a aplicação da união estável aos casais homoafetivos.¹⁹⁸

4.3 Voto da Ministra Cármen Lúcia

Inicia a Ministra apresentando um breve resumo sobre o assunto discutido e em síntese o que foi decidido pelos Ministros Ayres Britto e Luiz Fux, onde o Ministro Relator julgou procedentes as ações e deu interpretação conforme e o Ministro Luiz Fux também julgou procedente, porém, sem nenhuma outra extensão além daquelas pedidas nos autos.¹⁹⁹

A Ministra também julgou procedente as ações, contudo, com certas delimitações.²⁰⁰

Primeiramente discursou que o preconceito, qualquer que seja ele, não pode ser tolerado pelos magistrados, principalmente magistrados de um Estado Democrático de Direito e depois passou a analisar o porquê de se aplicar a mesma interpretação da Constituição ao artigo 1.723 do Código Civil.²⁰¹

Para a Ministra, é certo que o §3º do artigo 226 da Constituição Federal é taxativo ao se falar que “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar”, porém isso não significa, na sua interpretação, que a Carta Magna proibiu a união estável homoafetiva, eis que como pilar fundamental da Lei Maior está o princípio da dignidade da pessoa humana, que prega a tolerância e a convivência pacífica entre todos, com total respeito às escolhas individuais.²⁰²

¹⁹⁸ SCRIBD, *ADI 4.722 Ministro Luiz Fux*. Disponível em <<http://pt.scribd.com/doc/58914720/ADI-4277-Ministro-Luiz-Fux>>. P. 23. Acesso em: 15/08/2011.

¹⁹⁹ SCRIBD, *ADI 4.277 Voto Ministra Carmen Lucia*. Disponível em <<http://pt.scribd.com/doc/54803056/ADI-4277-Voto-Ministra-Carmen-Lucia-Antunes-Rocha>>. P. 1-2. Acesso em 16/08/2011.

²⁰⁰ Ibidem, p. 2. Acesso em 16/08/2011.

²⁰¹ Ibidem, p. 3-4. Acesso em 16/08/2011.

²⁰² Ibidem, p. 5-6. Acesso em 16/08/2011.

Afirma ela que o que é indigno leva ao sofrimento socialmente imposto, o que é antidemocrático, e nosso Estado, como um Estado Democrático, não pode tolerar este tipo de coisa.²⁰³

Como a orientação sexual está no âmbito do direito de personalidade de cada indivíduo e está garantido pelo princípio da liberdade, não é congruente, diz a Ministra, que se tolha a liberdade de livre associação nas escolhas da vida pessoal; seria uma regra constitucional ir de encontro à outra.²⁰⁴

E com base no princípio da igualdade, a Ministra defende que não se pode ser uma classificação entre os cidadãos de primeira classe para os heterossexuais e de segunda classe para os homossexuais tendo como pilar única e exclusivamente a opção de vida de cada um.²⁰⁵

Por estas razões, a Ministra julgou procedente as ações, nos termos dos pedidos formulados, entendendo como reconhecível como entidade familiar a união homoafetiva.²⁰⁶

4.4 Voto do Ministro Ricardo Lewandowski

O Ministro Ricardo Lewandowski em seu voto afirmou que para se analisar o caso em questão deve-se antes de tudo fazer uma análise do conceito jurídico-constitucional de família.²⁰⁷

Então passa a uma análise das constituições de 1937, 1946, 1967, 1969 e verifica que em todos os textos constitucionais a família se constituía pela união indissolúvel do casamento.²⁰⁸ No entanto, a atual Carta Magna não trouxe em seu bojo nenhuma vinculação com o casamento ao se delimitar o conceito de família, muito pelo contrário, ao se ler a Carta Republicana é possível identificar três tipos

²⁰³ SCRIBD, *ADI 4.277 Voto Ministra Carmen Lucia*. Disponível em <<http://pt.scribd.com/doc/54803056/ADI-4277-Voto-Ministra-Carmen-Lucia-Antunes-Rocha>>. P. 6. Acesso em 16/08/2011.

²⁰⁴ Ibidem, p. 7. Acesso em 16/08/2011.

²⁰⁵ Ibidem, p. 7. Acesso em 16/08/2011.

²⁰⁶ Ibidem, p. 10. Acesso em 16/08/2011.

²⁰⁷ SCRIBD, *ADI 4.277 Ministro Ricardo Lewandowski*. Disponível em <<http://pt.scribd.com/doc/54803044/ADI-4277-Ministro-Ricardo-Lewandowski>>. P. 1. Acesso em 18/08/2011.

²⁰⁸ Ibidem, p. 1-2. Acesso em 18/08/2011.

distintos de família: a constituída pelo casamento; a que nasce da união estável; e a denominada monoparental.²⁰⁹

Adiante, o Ministro Lewandowski passou a citar alguns julgados passados daquela Corte, onde tirou por conclusão que a união estável se dá sempre entre o homem e a mulher, não tendo a possibilidade de se enquadrar a união homoafetiva em nenhuma das espécies trazidas na Lei Maior, tão pouco na união estável.²¹⁰

Para fundamentar seu voto, o Ministro Lewandowski trouxe uma discussão travada na Assembleia Constituinte sobre este assunto que deixa bem claro que a intenção do legislador era criar uma nova entidade familiar constituída entre o homem e a mulher, exclusivamente, a saber:²¹¹

O SR. CONSTITUINTE GASTONE RIGHI:

- Finalmente a emenda do constituinte Roberto Augusto. É o art.225(sic), § 3º. Este parágrafo prevê: 'Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento' Tem-se prestado a amplos comentários jocosos, seja pela imprensa, seja pela televisão, com manifestação inclusive de grupos Gays através do País, porque com a ausência do artigo poder-se-ia estar entendendo que a união poderia ser feita, inclusive, entre pessoas do mesmo sexo. Isto foi divulgado, por noticiário de televisão, no show do Fantástico, nas revistas e jornais. O bispo Roberto Augusto, autor deste parágrafo, teve a preocupação de deixar bem definido, e pede que se coloque no § 3º dois artigos: 'Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento'. Claro que nunca foi outro o desiderato desta Assembléia, mas, para se evitar toda e qualquer malévolos interpretação deste austero texto constitucional, recomendo a V. Exa. que me permitam aprovar pelo menos uma emenda.

O SR. CONSTITUINTE ROBERTO FREIRE:

- Isso é coação moral irresistível.

O SR. PRESIDENTE (ULYSSES GUIMARÃES):

- Concedo a palavra ao relator.

O SR. CONSTITUINTE GERSON PERES:

- A Inglaterra já casa homem com homem há muito tempo.

O SR. RELATOR (BERNARDO CABRAL):

- Sr. Presidente, estou de acordo.

O SR. PRESIDENTE (ULYSSES GUIMARÃES)

:- Todos os que estiverem de acordo permaneçam como estão. (Pausa).
Aprovada (Palmas).

²⁰⁹ SCRIBD, *ADI 4.277 Ministro Ricardo Lewandowski*. Disponível em <<http://pt.scribd.com/doc/54803044/ADI-4277-Ministro-Ricardo-Lewandowski>>. P. 2. Acesso em 18/08/2011.

²¹⁰ Ibidem, p. 2-4. Acesso em 18/08/2011.

²¹¹ Ibidem, p. 5-6. Acesso em 18/08/2011.

Desta forma o Ministro entende que os constituintes, de forma inequívoca, optaram pela impossibilidade da união estável abarcar uniões de pessoas do mesmo sexo.²¹²

Acrescenta que a seu ver não há que se falar em mutação constitucional, ou até mesmo de interpretação extensiva do dispositivo em questão, uma vez que há limites materiais e formais impostos pela própria Constituição. E que embora os magistrados possam e devam fazer uso da hermenêutica para preencher as lacunas das leis, a interpretação jurídica não deve distorcer a norma ao ponto que esta se torne irreconhecível ao legislador.²¹³

Passa, então, o Ministro Lewandowski e questionar como se deve enquadrar juridicamente, de forma correta, as relações entre pessoas do mesmo sexo.²¹⁴

Embora pense que a união homoafetiva não deva ser considerada uma união estável, o Ministro entende que a união homoafetiva é um novo tipo de entidade familiar que não está arrolado no art. 226 da Constituição Federal, mas que deve ser reconhecida pelo Direito, para a proteção de princípios constitucionais, tais como a dignidade da pessoa humana, preservação da intimidade, não-discriminação por orientação sexual, da igualdade e liberdade.²¹⁵

Entende também que para conceituar as relações estabelecidas entre pessoas do mesmo sexo, visto que não se tem previsão normativa para tal, é importante o uso da interpretação analógica, que nada mais é que a aplicação, no que couber, a dispositivo normativo semelhante a uma situação que ainda não está regulada pelo Direito.²¹⁶

Ademais, entende o Senhor Ministro que o art. 226 da Constituição Federal mesmo não tendo trazido em seu bojo a união estável entre pessoas do mesmo sexo, não exclui outros tipos de entidades familiares que venham a surgir

²¹² SCRIBD, *ADI 4.277 Ministro Ricardo Lewandowski*. Disponível em <<http://pt.scribd.com/doc/54803044/ADI-4277-Ministro-Ricardo-Lewandowski>>. P. 6. Acesso em 18/08/2011.

²¹³ Ibidem, p. 6-7. Acesso em 18/08/2011.

²¹⁴ Ibidem, p. 7. Acesso em 18/08/2011.

²¹⁵ Ibidem, p.7-8. Acesso em 18/08/2011.

²¹⁶ Ibidem. p. 8. Acesso em 18/08/2011.

com o passar do tempo, ou seja, entende que o art. 226 tem seu rol meramente exemplificativo, não sendo, de nenhum modo, taxativo.²¹⁷

Acrescenta que ao se aplicar a analogia no caso em foco, não se está substituindo a vontade primária do legislador, mas sim, tendo em vista um vácuo normativo, regendo uma realidade social que ainda não foi normatizada. Porém essa analogia só existirá até o momento em que o Congresso Nacional lhe dar tratamento adequado.²¹⁸

Enfatiza o Ministro que o seu querer não é reconhecer a “união estável homoafetiva” através da interpretação extensiva do texto Constitucional, mas sim reconhecer a “união homoafetiva estável” através do processo da analogia, ou seja, desse modo se quer conhecer um quarto tipo de entidade familiar, não incluindo a união homoafetiva num tipo de entidade familiar já existente.²¹⁹ Deste modo, como entidade ainda não normatizada, através da analogia pode-se aplicar, no que couber somente, o disposto nos requisitos da união estável heterossexual, porém, descartando os aspectos que são próprios desse tipo de relação.²²⁰

Assim, julga procedente as ações diretas de inconstitucionalidade para que sejam aplicadas às uniões entre pessoas do mesmo sexo, reconhecidas como família, as previsões legais relativas às uniões estáveis heterossexuais, excluindo aquelas que necessitam a diversidade de sexo para o seu exercício, até que o Congresso Nacional edite normas que regulem a união homoafetiva.²²¹

4.5 Voto do Ministro Joaquim Barbosa

Inicialmente o Senhor Ministro destaca o descompasso entre o mundo dos fatos e o mundo do direito, já que na situação em questão o direito não foi hábil

²¹⁷ SCRIBD, *ADI 4.277 Ministro Ricardo Lewandowski*. Disponível em <<http://pt.scribd.com/doc/54803044/ADI-4277-Ministro-Ricardo-Lewandowski>>. P. 10-12. Acesso em 18/08/2011.

²¹⁸ Ibidem, p. 13. Acesso em 18/08/2011.

²¹⁹ Ibidem, p. 14. Acesso em 18/08/2011.

²²⁰ Ibidem, p. 14. Acesso em 18/08/2011.

²²¹ Ibidem, p. 14-15. Acesso em 18/08/2011.

o suficiente para acompanhar as mudanças sociais e é nestas situações que a sociedade tem que se valer dos Cortes Constitucionais.²²²

Este descompasso define a própria existência das uniões homoafetivas, que existem desde sempre, mas só há pouco tempo é que vem se tornando mais pública e aceitável, não sem uma certa resistência, na sociedade de hoje.²²³ O que mudou no tempo foi o modo de como cada sociedade encara este tipo de relação em determinado tempo histórico.²²⁴

Destaca que as relações homoafetivas não se diferem em nada das relações heteroafetivas, a não ser pelo fato de serem estruturadas por pessoas do mesmo sexo.²²⁵

Depois continua a dissertar sobre a significativa mudança que a própria jurisprudência e doutrina, não só a brasileira, mas sobretudo a americana, teve acerca do tema e de suas reivindicações no decorrer dos últimos anos,²²⁶ como por exemplo a visão de antigamente que se reivindicava tão somente um moderado grau de tolerância para com este tipo de relação e hoje se busca o reconhecimento jurídico das relações entre pessoas do mesmo sexo, outorgando, assim, os mesmos direitos que as relações heteroafetivas gozam.²²⁷

Após esta breve introdução, o Ministro Joaquim Barbosa passa a analisar o que diz o ordenamento jurídico brasileiro acerca do tema em tela e destaca que não há nada escrito de forma explícita sobre o tema; há um projeto de lei que está em trâmite desde 1994. Já a Carta Magna em seu texto não mencionou nada acerca do tema, mas questiona o Ministro se a Lei Maior teve o objetivo real de colocar numa espécie de limbo jurídico tais relações, banindo juridicamente as escolhas afetivas feitas por um número considerável de cidadãos.²²⁸ O Ministro em sua posição defende que não foi esta a intenção do legislador e cumpre ao STF buscar entendimentos baseados na própria Constituição se a união homoafetiva pode ser

²²² IMPRESSIONISTA, O, *União homoafetiva*: julgamento no STF da ADI 4277 e da ADPF 132. Disponível em <<http://oimpressionista.wordpress.com/2011/05/05/uniao-homoafetiva-julgamento-no-stf-da-adi-4277-e-da-adpf-132/>>. Acesso em 22/08/2011.

²²³ Ibidem. Acesso em 22/08/2011.

²²⁴ Ibidem. Acesso em 22/08/2011.

²²⁵ Ibidem. Acesso em 22/08/2011.

²²⁶ Ibidem. Acesso em 22/08/2011.

²²⁷ Ibidem. Acesso em 22/08/2011.

²²⁸ Ibidem. Acesso em 22/08/2011.

juridicamente tutelada ou não, impedindo, assim, o desprezo e a discriminação pura e simples.²²⁹

Salienta ainda que na Carta Magna não há nenhuma menção quanto a este tipo de relação, porém, argumenta, que a própria Constituição diz que rol de direitos fundamentais não se esvai naqueles expressamente mencionados nela, ou seja, pode vir a surgir novos direitos a partir dos princípios que ela adotou como fundamentais.²³⁰

O reconhecimento das relações entre pessoas do mesmo sexo deriva, na visão do Ministro, do princípio da dignidade humana, da visão de que todos devem ser tratados de modo equitativo.²³¹

Cita ainda que a jurisprudência brasileira vem reconhecendo e aplicando, mesmo que por analogia, o artigo 1.723 do Código Civil às uniões homoafetivas e concorda com o voto do Ministro Relator dizendo que a Constituição de 1988 prima pelos direitos fundamentais e que a Lei Maior veda todo e qualquer tipo de discriminação, estabelecendo, claramente o objetivo da justiça social e a igualdade de tratamento entre seus cidadãos.²³²

Defende ainda que o fundamento constitucional para o reconhecimento da relação homoafetiva não está no artigo 226 §3º da Constituição, onde resta claro que a união é entre o homem e a mulher, mas sim em todos os dispositivos constitucionais que protegem os direitos fundamentais, tais quais o princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade e o princípio da não discriminação.²³³ Estes princípios são auto-aplicáveis e incidem diretamente sobre o caso em tela; protegendo, desse modo, essas relação que são de natureza privada.²³⁴

Termina o Ministro dizendo que acompanha o Relator em seu voto.²³⁵

²²⁹ IMPRESSIONISTA, O, *União homoafetiva*: julgamento no STF da ADI 4277 e da ADPF 132. Disponível em <<http://oimpressionista.wordpress.com/2011/05/05/uniao-homoafetiva-julgamento-no-stf-da-adi-4277-e-da-adpf-132/>>. Acesso em 22/08/2011.

²³⁰ Ibidem. Acesso em 22/08/2011.

²³¹ Ibidem. Acesso em 22/08/2011.

²³² Ibidem. Acesso em 22/08/2011.

²³³ Ibidem. Acesso em 22/08/2011.

²³⁴ Ibidem. Acesso em 22/08/2011.

²³⁵ Ibidem. Acesso em 22/08/2011.

4.6 Voto do Ministro Gilmar Mendes

Ao iniciar seu voto, o Ministro Gilmar Mendes começa ressaltando que a união estável é somente entre o homem e a mulher, tal qual afirmou o Ministro Lewandowski, e ainda afirma que ao dar uma interpretação mais ampla à união estável, o que se estaria fazendo na verdade é uma modificação no texto constitucional.²³⁶ Porém, coaduna do argumento que o artigo 226, §3º da Constituição Federal tem servido ao judiciário para fundamentar decisões com o objetivo de fundamentar a união homoafetiva.²³⁷

Afirma também que a proteção ao direito desta minoria deveria ser feita primeiramente pelo poder legislativo, mas como já se mostrou há dificuldade de atuar neste âmbito por pressão do povo e dos próprios partidos, o que deixa este poder um pouco truncado ao se tentar deliberar sobre a união entre pessoas do mesmo sexo.²³⁸

Em contraponto, destaca que o ser humano está protegido pelos princípios fundamentais e tem o direito do amplo desenvolvimento de sua personalidade e a falta de um modelo constitucional que fale sobre o direito de se envolver afetivamente com uma pessoa do mesmo sexo acaba contribuindo para o quadro de discriminação.²³⁹

Neste impasse, ressalta o Ministro é dever da Corte Constitucional resolver sobre o caso em tela já que foi devidamente questionado sobre tal, tal como aconteceu em outros momentos históricos sobre outros assuntos, como o concubinato, por exemplo. Todavia, há que tomar cuidado para não interpretar a Norma Constitucional ao bel prazer sob pena de deslegitimar a Corte para a interpretação constitucional, logo, há que interpretar a Lei Maior, porém sobre a luz dela própria.²⁴⁰

Destaca o fato de a Constituição Federal proteger a união estável entre o homem e a mulher não quer dizer que não proteja a união entre pessoas do mesmo

²³⁶ IMPRESSIONISTA, O, *União homoafetiva*: julgamento no STF da ADI 4277 e da ADPF 132. Disponível em <<http://oimpressionista.wordpress.com/2011/05/05/uniao-homoafetiva-julgamento-no-stf-da-adi-4277-e-da-adpf-132/>>. Acesso em 23/08/2011.

²³⁷ Ibidem. Acesso em 23/08/2011.

²³⁸ Ibidem. Acesso em 23/08/2011.

²³⁹ Ibidem. Acesso em 23/08/2011.

²⁴⁰ Ibidem. Acesso em 23/08/2011.

sexo. Fundamentando este entendimento o Ministro cita Zagrebelsky no sentido que a Constituição não tem o dever de estabelecer um projeto pré-determinado de vida em comum, mas sim tem o dever de viabilizar as condições e possibilidades desta vida em comum.²⁴¹

Desta forma, o Ministro afirma estar de acordo com o Ministro Relator quanto ao resultado, porém, discorda quanto ao fundamento e ressalta que a seu ver a simples equiparação da união homoafetiva com a união estável ser perigoso, pois seria legislar demais e com o risco de produzir várias lacunas, não só quanto a este assunto, mas em outros também.²⁴² Fazer a pura equiparação, concordando com o Ministro Levandowski, pode equiparar situações que provavelmente vão se revelar diferentes, de modo que o Ministro Gilmar Mendes limita-se simplesmente a reconhecer a união entre pessoas do mesmo sexo pela analogia ou pela interpretação extensiva do texto constitucional sem se pronunciar desdobramentos, garantindo às minorias os direitos dados pelos princípios fundamentais, mas não os regulamentando.²⁴³

4.7 Voto da Ministra Ellen Gracie

Já no início do voto a Ministra Ellen Gracie expressa que acompanhou o Ministro Relator quanto a perda de objeto da ação e também conhece da ADPF 132 como ADI.²⁴⁴

Logo após já traz um breve conceito já formulado pelo Tribunal sobre a família onde diz que a família não deve ser clandestina, duradoura e além da ausência de impedimento; família esta que o Estado deve dar proteção.²⁴⁵

Mais adiante a Ministra cita um magistrado australiano, Michael Kirby, onde este magistrado fez um relato sobre a evolução dos direitos dos homossexuais.²⁴⁶

²⁴¹ IMPRESSIONISTA, O, *União homoafetiva*: julgamento no STF da ADI 4277 e da ADPF 132. Disponível em <<http://oimpressionista.wordpress.com/2011/05/05/uniao-homoafetiva-julgamento-no-stf-da-adi-4277-e-da-adpf-132/>>. Acesso em 22/08/2011.

²⁴² Ibidem. Acesso em 23/08/2011.

²⁴³ Ibidem. Acesso em 23/08/2011.

²⁴⁴ Ibidem. Acesso em 24/08/2011.

²⁴⁵ Ibidem. Acesso em 24/08/2011.

²⁴⁶ Ibidem. Acesso em 24/08/2011.

Relata a Ministra que a evolução dos direitos homossexuais já começou com o Código Napoleônico que fez com que a homossexualidade e sua prática deixasse de ser considerada como um delito.²⁴⁷ Porém, somente a descriminalização não basta para que haja a igualdade civil entre os heterossexuais e os homossexuais, devendo evoluir também quanto não-discriminação, a igualdade quanto as pensão e herança, acesso aos parceiros que estão doentes ou até falecidos, o respeito às várias formas de relacionamento pessoal e a igualdade de direitos de adoção e criação de filhos.²⁴⁸

Sustenta que na atualidade todos os países europeus já seguem a linha de conferir direitos a essa parte da população e que não há muito tempo a Argentina, Espanha e Portugal aprovaram legislação neste sentido e cita também que somente dois países, ao menos que a Ministra tomou conhecimento, tiveram este avanço pelas vias judiciais, que foram o Canadá e a África do Sul, além do Brasil, pelo andar dos votos já proferidos.²⁴⁹

Sustenta que há várias formas de uma sociedade evoluir, e uma dessas maneiras é justamente através do Poder Judiciário que supera barreiras e estimula a não-discriminação de seus membros.²⁵⁰

Assim a Ministra acompanha integralmente o voto do Ministro Relator.²⁵¹

4.8 Voto do Ministro Marco Aurélio

Primeiramente a Ministro Marco Aurélio acompanhou o Ministro Relator em seu voto, julgando prejudicada a ADPF 132, porém reconheceu o pedido residual desta convertendo-a em ADI. Esta ADI tendo o mesmo objeto que a ADI 4.277, articulando, desse modo, um único voto sobre o tema.²⁵²

²⁴⁷ IMPRESSIONISTA, O, *União homoafetiva*: julgamento no STF da ADI 4277 e da ADPF 132. Disponível em <<http://oimpressionista.wordpress.com/2011/05/05/uniao-homoafetiva-julgamento-no-stf-da-adi-4277-e-da-adpf-132/>>. Acesso em 22/08/2011.

²⁴⁸ Ibidem. Acesso em 24/08/2011.

²⁴⁹ Ibidem. Acesso em 24/08/2011.

²⁵⁰ Ibidem. Acesso em 24/08/2011.

²⁵¹ Ibidem. Acesso em 24/08/2011.

²⁵² BRASIL, *Supremo Tribunal Federal. ADI 4.277*. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277MA.pdf>>. P. 1 Acesso em 25/08/2011.

Após fazer um breve resumo sobre a causa o Ministro indaga se a convivência pública, duradoura e com o ânimo de constituir família, por pessoas do mesmo sexo, seria suficiente para considerar estes casais como entidade familiar à luz da Constituição, já que não lei que verse sobre isso. Depois indaga que se em caso positivo, seria correta a aplicação do artigo 1.723 do Código Civil a estas entidades familiares.²⁵³

Depois passa a discorrer sobre a corrente interpretativa contrária ao reconhecimento da união homoafetiva. Primeiramente aponta que a corrente contrária argumenta que o §3º do artigo 226 da Constituição Federal considera a união estável somente aquela formada pelo o homem e a mulher, e que a falta de qualquer apontamento para outro tipo de família, que no caso em tela seria a união entre pessoas do mesmo sexo, seria um silêncio proposital do constituinte.²⁵⁴

Com isso o Ministro questiona se seria possível incluir essa entidade familiar dentro do §3º do artigo 226 da Constituição Federal (CF) e se sim, se a atividade jurisdicional não passaria de seus limites. O próprio Ministro responde que a seu entender não.²⁵⁵

Cita o Ministro que na Inglaterra há sessenta anos este país aprovou a criminalização da sodomia e que Lionel Adolphus Hart defendeu a não criminalização através de quatro razões, quais sejam: punir alguém é lhe causar o mal, e se a atitude de quem agride não causa mal a ninguém a punição fica sem propósito, ou seja, condutas particulares que não afetam terceiros devem ser consideradas de autonomia privada do agente, sem interferência do agente público; o livre arbítrio é um valor moral importante; a liberdade acarreta a aprendizagem por meio empírico e; as leis que afetam a escolha pessoal do cidadão quanto a sua sexualidade acarreta sérios problemas psicológicos.²⁵⁶

Continuou o Ministro dizendo que há época tais razões não foram fortes o suficiente para a não criminalização da sodomia, porém, atualmente esses argumentos são fortes e estão prevalecendo na maioria dos países, pelo menos no tocante a criminalização da sodomia.²⁵⁷

²⁵³ BRASIL, *Supremo Tribunal Federal. ADI 4.277*. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277MA.pdf>>. p. 1-2. Acesso em 25/08/2011.

²⁵⁴ Ibidem, p. 2-3. Acesso em 25/08/2011.

²⁵⁵ Ibidem, p. 3. Acesso em 25/08/2011.

²⁵⁶ Ibidem, p. 4-5. Acesso em 25/08/2011.

²⁵⁷ Ibidem, p. 5. Acesso em 25/08/2011.

Depois passa a discursar sobre como a moral e os costumes religiosos influenciaram alguns institutos do Direito, tal como os “crimes contra os costumes” e que isso não é errado, visto o próprio princípio da moralidade contido na Constituição no artigo 37, *caput*.²⁵⁸ Todavia, a moral religiosa não deve ser imposta a todos e por todos através do Estado, pois este é laico e isso não deixa que interpretações morais religiosas guiem o ordenamento jurídico subjugando os princípios da dignidade da pessoa humana, à autodeterminação, à privacidade e à liberdade de orientação sexual.²⁵⁹

Sustenta que após a Constituição Federal de 1988 o Estado passou a reconhecer outros tipos de família além do casamento e isso fez com que a família deixasse de ser um “fim nela mesma” e passasse a ser um instrumento a serviço da dignidade de cada cidadão.²⁶⁰ Sendo assim, se o reconhecimento de família depende tão somente do querer compartilhar vida em comum e a livre opção de cada indivíduo, não resta dúvidas, para o Ministro Marco Aurélio, que a Constituição admite a união homoafetiva.²⁶¹

Concluindo, o Ministro alega que é obrigação estatal reconhecer e tutelar as uniões homoafetivas, sendo que se assim não o fosse a Carta Magna estaria a promover o preconceito e vedando a dignidade da pessoa humana à parte da sociedade.²⁶²

Quanto à aplicabilidade do artigo 1.723 do Código Civil para as uniões homoafetivas o Ministro entende que deve se aplicar interpretação conforme a Constituição Federal a este artigo, eis que a Constituição abrange uma gama muito maior de direitos e princípios; declarando a aplicabilidade da união estável às uniões homoafetivas.²⁶³

²⁵⁸ BRASIL, *Supremo Tribunal Federal. ADI 4.277*. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277MA.pdf>>. p. 5-6. Acesso em 25/08/2011.

²⁵⁹ Ibidem, p.7. Acesso em 25/08/2011.

²⁶⁰ Ibidem, p. 10. Acesso em 25/08/2011.

²⁶¹ Ibidem, p. 10. Acesso em 25/08/2011.

²⁶² Ibidem, p. 16. Acesso em 25/08/2011.

²⁶³ Ibidem, p. 17. Acesso em 25/08/2011.

4.9 Voto do Ministro Celso de Mello

Começa o eminente Ministro fazendo um breve relato histórico da penalização da homofobia que a legislação brasileira herdou dos portugueses; explicando que tudo começou com as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, onde a pena pelo crime de sodomia era a morte ou degredo, intensificando a perseguição à sodomia junto com a expansão marítima.²⁶⁴

Também lembrou que não foi só a legislação portuguesa que perseguiu os homossexuais, mas também a Igreja com a Santa Inquisição adotada por Portugal.²⁶⁵

Depois do relato histórico, Celso de Mello passou a analisar se a união estável homoafetiva é de fato uma entidade familiar. Para isso, primeiro deixou claro que nenhuma pessoa pode ser privada de direitos ou sofrer restrições de ordem jurídica por conta de sua orientação sexual.²⁶⁶

Ademais, sustenta que o artigo 226, §3º da Carta Magna é um dispositivo de inclusão, não exclusão; desse modo, abarca também a união estável entre pessoas do mesmo sexo e continua a dizer que não vê em nenhum lugar do texto constitucional preceito que de forma voluntária ou consciente tenha se omitido sobre este assunto.²⁶⁷

Alega também que o artigo supracitado não deve ser interpretado de forma restritiva porque a sua criação se deu principalmente para a inclusão de pessoas que sofriam preconceito, tendo em seu núcleo a inclusão, e assim, não seria de bom-senso interpretar um artigo criado para inclusão de forma restritiva.²⁶⁸

Aduz o Ministro ainda que é dever do Supremo Tribunal Federal, como garante dos direitos fundamentais, proteger as minorias discriminadas e caracterizadas como indignas quando provocado para tal; já que o Poder Legislativo,

²⁶⁴ SCRIBD, *ADI 4277 Ministro Celso de Mello*. Disponível em <<http://pt.scribd.com/doc/58914709/ADI-4277-Ministro-Celso-de-Mello#archive>>. P. 5-7. Acesso em 29/08/2011.

²⁶⁵ Ibidem, p. 8-10. Acesso em 29/08/2011.

²⁶⁶ Ibidem, p. 11-12. Acesso em 29/08/2011.

²⁶⁷ Ibidem, p. 19. Acesso em 30/08/2011.

²⁶⁸ Ibidem, p. 20-21. Acesso em 30/08/2011.

formado majoritariamente por heterossexuais, prefere ignorar a existência desse tipo familiar, não o reconhecendo como tal.²⁶⁹

De tal modo, defendeu que a minoria não deve ser esquecida numa democracia, pois ela é a oposição, ela que traz novas alternativas e fiscaliza o que a maioria faz. No entanto, isto não significa que a maioria não pode governar, a maioria sim pode governar, porém respeitando a oposição e não a suprimindo, desse modo, a maioria não se sobrepõe aos princípios fundamentais consagrados na constituição. Sendo assim é dever do Poder Judiciário assegurar que quando a maioria se impuser sobre os direitos fundamentais da minoria o judiciário agirá para proteger os direitos fundamentais da classe menos privilegiada.²⁷⁰

Baseado também no princípio da dignidade da pessoa humana, usado como vetor, e o direito a busca pela felicidade ou bem-estar social que a nossa Constituição protege, parece restar claro para o Ministro que impedir que casais homossexuais não sejam reconhecidos como entidade familiar é o mesmo que negar a busca plena à felicidade do indivíduo, ou seja, fere preceito constitucional fundamental.²⁷¹

Entende também que a Constituição de 1988 trouxe em seu bojo um novo conceito de família, e que é o afeto que rege este novo conceito. E ao se visualizar este afeto, tanto por casais heterossexuais quanto homo, e presente os requisitos da união estável, às duas devem ser conferido pelo estado os mesmos direitos e deveres daí derivados.²⁷²

Cita também o Ministro o princípio de Yogyakarta que estabelece que é dever do Estado tomar medidas administrativas e legislativas, ou quaisquer outras medidas necessárias, para assegurar o direito de constituir família, de reconhecer a pluralidade de formas familiares e que não haja discriminação entre direitos e deveres para casais heteros e homossexuais.²⁷³

Por tais razões o Ministro Celso de Mello julgou procedente as ações para, com efeito vinculante, declarar a obrigatoriedade do reconhecimento de casais homoafetivos como entidade familiar, se atendidos os mesmos requisitos impostos

²⁶⁹ SCRIBD, *ADI 4277 Ministro Celso de Mello*. Disponível em <<http://pt.scribd.com/doc/58914709/ADI-4277-Ministro-Celso-de-Mello#archive>>. p. 24-25. Acesso em 30/08/2011.

²⁷⁰ Ibidem, p. 25 - 29. Acesso em 30/08/2011.

²⁷¹ Ibidem, p. 33 - 39. Acesso em 05/08/2011.

²⁷² Ibidem, p. 39 - 41. Acesso em 05/08/2011.

²⁷³ Ibidem, p. 43 - 45. Acesso em 05/08/2011.

às uniões estáveis heterossexuais; reconheceu também que os direitos e deveres dos companheiros das uniões estáveis estendam-se para os companheiros da união homoafetiva.²⁷⁴

4.10 Voto do Ministro Cezar Peluso

O Ministro justificou seu voto dizendo que o artigo 1723 do Código Civil não é uma reprodução pura e simples do artigo 226, § 3º da Constituição Federal, pois se assim o fosse o obstáculo teórico e constitucional incidiria sobre a impossibilidade de se cogitar interpretação conforme a Constituição de uma norma infra-infraconstitucional, pois seria interpretar a Constituição conforme ela própria.²⁷⁵

Acrescenta que a seu ver, o artigo 226, §3º não exclui outras formas de entidade familiar, não se tratando de norma de *númerus clausus*, ou seja, permite que seja considerado outros princípios da Constituição na interpretação do artigo, fazendo com que seja possível ter outros tipos de entidades familiares além daqueles explicitamente elencados na Carta Magna, inclusive a aceitação da união homoafetiva como entidade familiar. Isso porque os elementos de ordem material para a concretização da união homoafetiva são basicamente os mesmo da união entre o homem e a mulher.²⁷⁶

No entanto, sustenta o Ministro, há uma lacuna normativa e esta lacuna deve ser preenchida pela aplicação da analogia diante, basicamente, da similitude factual das uniões entre homem e mulher e entre pessoas do mesmo sexo. Só que nem todas as normas devem ser aplicadas às duas situações, pois embora sejam similares, há diferenças entre elas, sendo que é preciso respeitar o que cada instituto tem de particular.²⁷⁷

²⁷⁴ SCRIBD, *ADI 4277 Ministro Celso de Mello*. Disponível em <<http://pt.scribd.com/doc/58914709/ADI-4277-Ministro-Celso-de-Mello#archive>>. p. 49 - 50. Acesso em 05/08/2011.

²⁷⁵ IMPRESSIONISTA, O, *União homoafetiva*: julgamento no STF da ADI 4277 e da ADPF 132. Disponível em <<http://oimpressionista.wordpress.com/2011/05/05/uniao-homoafetiva-julgamento-no-stf-da-adi-4277-e-da-adpf-132/>>. Acesso em 08/09/2011.

²⁷⁶ Ibidem. Acesso em 08/09/2011.

²⁷⁷ Ibidem. Acesso em 08/09/2011.

Dessa forma, sustenta que o Poder Legislativo tem que intervir no caso para regulamentar as situações em que a aplicação da decisão da Corte seja justificada não só do ponto de vista constitucional. Logo após o Ministro convoca o Poder Legislativo para regulamentar a equiparação entre tais uniões.²⁷⁸

Desse modo profere seu voto no sentido de conhecendo da ADPF 132 como ação direta de inconstitucionalidade, julgando prejudicado o primeiro pedido, e julgou procedente a ADPF 132 e ADI 4277.²⁷⁹

²⁷⁸ IMPRESSIONISTA, O, *União homoafetiva*: julgamento no STF da ADI 4277 e da ADPF 132. Disponível em <<http://oimpressionista.wordpress.com/2011/05/05/uniao-homoafetiva-julgamento-no-stf-da-adi-4277-e-da-adpf-132/>>. Acesso em 08/09/2011.

²⁷⁹ Ibidem. Acesso em 08/09/2011.

CONCLUSÃO

Depreende-se do estudo feito que a relação entre duas pessoas do mesmo sexo, embora não tenha sido expressamente tutelada pela Constituição Federal de 1988, foi implicitamente protegida, por força do *caput* do artigo 226 que não delimitou quais são as entidades familiares existentes e reconhecidas na sociedade, nem tão pouco excluiu todas as demais entidades que porventura viessem a surgir, também com base nos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, igualdade, e não discriminação, além do princípio da afetividade, que rege o direito de família atualmente. O objetivo foi criar um rol meramente exemplificativo das entidades familiares mais comuns que se vê na atualidade.

Ao se estudar principalmente os princípios da dignidade da pessoa humana e igualdade, nota-se que é claramente inconstitucional o cerceamento do direito quanto ao fato de não se deixar pessoas do mesmo sexo constituírem uma família, visto que isto significa limitar o direito de livre desenvolvimento e busca da felicidade de cada indivíduo sem nenhuma razão plausível.

Ademais, quando o Supremo Tribunal Federal julgou a ADPF 143 e a ADI 4277 equiparou a união estável homoafetiva com a união estável heterossexual, com base nos preceitos fundamentais da Carta Magna brasileira, como o preceito da não discriminação em razão da orientação sexual, dizendo que num Estado Democrático de Direito a minoria deve ser protegida para que a maioria não faça dessa vantagem uma ditadura.

Pelo exposto, concluí-se que embora a união homoafetiva não tenha sido citada expressamente no texto constitucional, esta merece a mesma proteção que as entidades familiares arroladas na Constituição em razão, principalmente, do princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade e o da não discriminação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LÉSBICAS, GAYS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS. [Home Page]. Disponível em <<http://www.abglt.org.br/port/index.php>>. Acesso: 10/09/2011.

_____, *Plano LGBT*. Disponível em <http://www.abglt.org.br/port/planos_gov.php>. Acesso em 10/09/2011.

BRAGA, S; CARVALHO, R. *A Constitucionalidade das Uniões Homoafetivas: o reconhecimento como entidade familiar no ordenamento jurídico brasileiro*. Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília, n. 7, p. 363-381, 2008.

BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. *Parcerias Homossexuais: Aspectos Jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. Constituição (1988) *Constituição da República Federativa do Brasil*. Planalto, São Paulo, 21 set. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 21 set. 2010.

_____, Código Civil (2002), Planalto, São Paulo, 15 out. 2010. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 15 out. 2010.

_____, Superior Tribunal de Justiça. Resp. 205.170/SP, DJ 07.02.2000. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199900171195&dt_publicacao=07-02-2000&cod_tipo_documento=>>. Acesso em: 10 set. 2010.

_____, Supremo Tribunal Federal. ADI 4.277. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277.pdf>>. Acesso em: 08/08/2011.

_____, Supremo Tribunal Federal. ADI 4.277. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277MA.pdf>>. Acesso em 25/08/2011.

CAHALI, Francisco José, *Contrato de convivência na união estável*, Saraiva, São Paula, Edição única, 2002.

CUNHA, Maria Elena de Oliveira, *O afeto face ao princípio da dignidade da pessoa humana e seus efeitos jurídicos no direito de família*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=482>>. Acesso em 27/05/2011.

DIAS, Maria. Berenice. *União homoafetiva: o preconceito & a justiça*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena, *Curso de direito civil brasileiro: Direito de Família*, Ed. 8ª, v. 5, 1994.

HOBBSBAWN, Eric J. *A Era das Revoluções: Europa 1789-1848*, 22ª Ed. Rio de Janeiro: Guerra e Paz. 2007.

IMPRESSIONISTA, O, *União Homoafetiva: julgamento no STF da ADI 4277 e da ADPF 132*. Disponível em <<http://oimpressionista.wordpress.com/2011/05/05/uniao-homoafetiva-julgamento-no-stf-da-adi-4277-e-da-adpf-132/>>. Acesso em 08/09/2011.

JUS NAVEGANDI. *Homoafetividade e família. Casamento civil, união estável e adoção por casais homoafetivos à luz da isonomia e dignidade humana*. Agosto 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11441&p=2>>. Acesso em: 30 agosto 2010.

UNIVERSO JURÍDICO. *Casamento Homoafetivo*. Disponível em: <http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/2375/CASAMENTO_HOMOAFETIVO>. Acesso em: 13 set. 2010.

FONTANELLA, Patrícia. *União Homossexual no Direito Brasileiro: enfoque a partir do garantismo jurídico*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume VI: direito de família*/ Carlos Roberto Gonçalves. 6ª ed. ver. E atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *A Repersonalização das Relações de Família*. In O Direito de Família e a Constituição de 1988, coord. Carlos Alberto Bittar, São Paulo: Saraiva, 1989.

_____, *Direito Civil: famílias*. 3 ed., São Paulo, Saraiva, 2010.

_____, Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. *Revista Brasileira de Direito de Família*. v. 3, nº 12 – Jan-Fev-Mar/2002.

MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. *A Constitucionalidade do Casamento Homossexual*. São Paulo: Editora LTDA, 2008.

MONTEIRO, Washington de Barros Silva; SILVA, Regina Beatriz Tavares da, *Curso de direito civil: direito de família*. Ed. 40, v. 2. São Paulo, 2010.

MINISTÉRIO PÚBLICO. *Inconstitucionalidade da União Homoafetiva*. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/atuacaomp/not_artigos/id15000.htm> Acesso em: 14 out. 2010.

QUEIROZ, Fernando Fonseca de, Brasil: Estado laico e a inconstitucionalidade da existência de símbolos religiosos em prédios públicos, <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8519/brasil-estado-laico-e-a-inconstitucionalidade-da-existencia-de-simbolos-religiosos-em-predios-publicos>>. Acesso em 25/05/2011.

RIOS, Roger Raupp. *A Homossexualidade no Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Esmafe, 2001.

SCRIBD, *ADI 4277 Ministro Celso de Mello*. Disponível em <<http://pt.scribd.com/doc/58914709/ADI-4277-Ministro-Celso-de-Mello#archive>>. Acesso em 30/08/2011.

_____, *ADI 4.722 Ministro Luiz Fux*. Disponível em <<http://pt.scribd.com/doc/58914720/ADI-4277-Ministro-Luiz-Fux>>. Acesso em: 15/08/2011.

_____, *ADI 4.277 Ministro Ricardo Lewandowski*. Disponível em <<http://pt.scribd.com/doc/54803044/ADI-4277-Ministro-Ricardo-Lewandowski>>. Acesso em 18/08/2011.

_____, *ADI 4.277 Voto Ministra Carmen Lucia*. Disponível em <<http://pt.scribd.com/doc/54803056/ADI-4277-Voto-Ministra-Carmen-Lucia-Antunes-Rocha>>. Acesso em 16/08/2011.

VICENTINO, Cláudio; DORIGO, Gianpaolo, *História Para o Ensino Médio: história geral e do Brasil*, 1ª Ed. São Paulo:Série Parâmetros, 2001.

ANEXOS

Anexo A- Votos dos Ministros